

Universidad Andina Simón Bolívar Sede
Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en
Derecho Procesal

Los medios de defensa y las excepciones
dilatorias en el proceso civil

Gerardo Morales Suárez

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....
Gerardo Morales Suárez
Noviembre 2007

Universidad Andina Simón Bolívar Sede
Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en
Derecho Procesal

Los medios de defensa y las excepciones
dilatorias en el proceso civil

Gerardo Morales Suárez

2007

Tutor: Dr. Santiago Andrade Ubidia

Lugar: Quito-Ecuador

RESUMEN/ “ABSTRACT”

Los desacuerdos en el cumplimiento de la norma material, generan las controversias entre particulares y entre éstos y el Estado. Estas contiendas se producen en la contestación a la demanda, que constituye un acto de desacuerdo total o parcial con la pretensión procesal o con la forma de su reclamación, que concluye con la proposición de los medios de defensa y las excepciones. La doctrina universal, trata de manera académica algunos tipos de defensa, pero no llega a un estudio analítico y profundo, mucho menos a sus efectos y las consecuencias de una inadecuada formulación de la demanda.

Hemos observado que los Abogados del País, y en particular, de Quito, como lugar de atención por nuestras actividades profesionales, no tienen muy clara la forma del “qué” y del “cómo” ejercitar la defensa, pero particularmente, se produce una confusión en los efectos que puede producir una demanda en la que intervienen terceros no vinculados con el derecho material que sustenta la pretensión procesal o que adoleciendo de oscuridad, defecto legal o del incumplimiento de ciertas formas procesales, provocan los cambios de acción o la reforma de la demanda, y en casos extremos, hasta el abandono y desistimiento. Estas falencias van a ser materia de estudio de forma cronológica para evitar decisiones inadecuadas y hasta deducciones inoportunas.

De las investigaciones realizadas durante nuestra actividad profesional y particularmente, en el presente trabajo académico, hemos observado que existe muy pocos autores que tratan el tema de manera puntual, esto es lo que ha llevado a los profesionales del derecho a confundir sus concepciones por falta del material de investigación, por ello, hemos creído necesario aportar con este trabajo para el ejercicio adecuado del patrocinio y de la defensa.

Como considera Julio Maier, “¿Por qué, cuando se inicia una obra jurídica, es frecuente, sino es el caso de una regla general, que se comience por el punto de partida de los puntos de partida: explicando el concepto del Derecho para el autor, vale decir la definición de lo que es el objeto general de su estudio?...”. Esta introducción nos lleva a compartir con el autor la necesidad de explicitar aunque sea de manera restringida las instituciones procesales que no sólo van a complementar su estudio, sino que son parte del tema de investigación mismo, pero que es forzoso su estudio acogiendo sus términos. “No nos será posible aquí develar todas las incógnitas que presentamos por las limitaciones propias de la obra e, incluso, por limitaciones personales, pero intentaremos presentar, resumidamente los puntos de vista que nos servirán de base para nuestra explicación posterior.”; por tanto, el objeto de mi investigación, se contrae a determinar de forma limitada, qué es el Derecho substancial desde una nueva concepción, qué es el Derecho procesal y la Teoría General del Proceso (acción, jurisdicción y proceso), para concentrarnos en el estudio de los medios de defensa y en las excepciones lato sensu.

Confiamos en que nuestro esfuerzo, sea el cimiento para nuevas investigaciones que al igual que la sabia alimenta al árbol, este trabajo fluya en las futuras teorías y provoque el cambio de nuestra legislación

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO I

El derecho como privilegio del ciudadano

1. Derecho, norma y ley
2. El Derecho Procesal
3. La acción.
4. La jurisdicción.
5. El proceso escrito y el proceso oral
6. El principio de contradicción y su fundamento constitucional

CAPÍTULO II

Los medios de defensa y las excepciones

1. Naturaleza jurídica del derecho de defensa y su distinción de las excepciones
2. Clasificación de las excepciones
3. Las excepciones de previa resolución en el proceso oral y su diferencia con el proceso escrito
4. Las causas de nulidad generadas del orden constitucional y su diferencia con las causas previstas en el Derecho Procesal.
5. La celeridad procesal

CAPÍTULO III

Estudio individual de las excepciones

Ilegitimidad de personería
 Falta de legítimo contradictor.
 Indebida integración del litis consorcio.
 Ausencia de jurisdicción.
 Incompetencia.
 Primacía de la pretensión procesal.
 Violación de trámite.
 Convenio arbitral.
 Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.
 Indebida acumulación de acciones, cosas, personas y pretensiones
 Litis pendencia.
 Inexistencia de la persona del demandado o indebida petición.
 Indeterminación de las partes. Falta de capacidad procesal.
 Litis consorcio necesario.
 Postulación indebida.
 Falta de reclamación administrativa previa o de proceso previo.
 Prejudicialidad y presupuestos procesales.
 Oscuridad de la demanda.
 Improcedencia cautelar por falta de requisitos.
 Falta de patrocinio.
 Preclusión de las formas.

Falta de citación al vendedor de la cosa vendida.
Condición suspensiva y condición resolutoria
Acumulación de Procesos.
Nulidad, anulabilidad e inexistencia del proceso.
Falta de determinación de la causa petendi.
Excepciones bilaterales.

CAPÍTULO IV

Conclusiones y recomendaciones.

Los Medios de Defensa y las Excepciones Dilatorias en el Proceso Civil

CAPÍTULO I

El derecho como privilegio del ciudadano

Derecho, norma y ley.- La tradición jurídica ha concebido al derecho como un conjunto de normas jurídicas o de reglas establecidas en el derecho positivo, “sin atender a valores éticos o a consideraciones políticas”¹. Pese a estas equivocadas concepciones, el estudio de la Teoría del Derecho y particularmente, de su filosofía, han llevado a tratar de distinguir al derecho mismo de la norma, pues como afirma Alf Ross, “El carácter normativo de la ciencia del derecho significa, por lo tanto, que se trata de una doctrina *referente* a normas, y no de una doctrina compuesta *de* normas. No tiene como fin “postular” o expresar normas, sino establecer que éstas son “derecho vigente”” La confusión normativa no sólo llega al derecho escrito o al ordenamiento jurídico de un Estado, sino además, llega a la justicia y de ella a una relación con el poder, porque al derecho, a la norma y a la justicia cuya efectivización se produce mediante el poder estatal, se les atribuye igual significado, pues desde que la teoría liberal jerarquizó a la norma escrita, la concepción esencial pasó a integrar la teoría jusnaturalista y hasta con un poco de generosidad, una de las clases del derecho (derecho subjetivo) por los siguientes argumentos:

“En no pocos casos el jusnaturalismo ha terminado mostrando un carácter ideológico muy cercano a posiciones ético-religiosas, que por lo general resultaron difícilmente coherentes con los postulados de doctrinas democrático-liberales y, en otros, comulga con lo que algunos autores han llamado jusnaturalismo ontológico, cuyos representantes no terminaron de superar ciertos problemas lógicos como es el de la llamada “falacia naturalista”, o bien, problemas epistemológicos como la creencia en el carácter absoluto e inmutable de la verdad y de los principios morales”².

El positivismo sustentado en la doctrina liberal desplazó todas las concepciones que sobre el derecho y la misma justicia se pregonaban antes de la revolución francesa y hasta se concibió que lo justo no podía ser sino aquello que estaba establecido en una norma abstracta, en tal grado que según el mayor representante del realismo jurídico escandinavo, Alf Ross, “decir que algo es justo era equivalente a dar un puñetazo sobre una mesa como señal de aprobación”. Estas concepciones y sobre todo *la obediencia incondicional al derecho a partir de la validez de las normas*, ha provocado iguales posiciones abiertamente antidemocráticas.

¹ ROSS Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, quinta edición, 1994, pp. 2 y 19

² VÁSQUEZ Rodolfo, *Derecho, Moral y Poder*, México, Editorial Porrúa, 2005, Prólogo - XIII

El profesor Julio Maier coincidiendo como la universalidad de los autores lo hace, nos dice:

“El Derecho es una *combinación de reglas* entre las que se encuentran normas que describen los deberes jurídicos”³ y considera que las “Normas son así, en principio, patrones de comportamiento (...) que se dirigen al mundo de lo posible”⁴; por su parte, Armin Kaufmann al referirse a la demostración de la existencia de normas, expresa “En la época de la codificación del derecho penal uno podría tender a buscar estas normas –las “leyes” que viola el delincuente- “realmente en el derecho legislado, por oposición al derecho no legislado”. Sin embargo, si se acepta esta estricta interpretación de la palabra “ley”, la búsqueda, en la mayoría de los casos, no arrojaría resultado alguno; la norma, por lo general, no está codificada. Es verdad que hay numerosas normas, es decir, imperativos que sirven como modelo de conducta humana, que están formuladas positivamente en las leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Pero, precisamente las normas más importantes para la construcción del delito no se encuentran en el derecho escrito”⁵.

De esto se desprende que si bien “el derecho es “tan sólo la voluntad jurídica expresada, de una fuente del derecho””⁶, no siempre esta fuente se limita a la norma. Armin Kaufmann rechaza la tesis del dominio exclusivo de la norma, deviniendo de ello, que la concepción normativa del derecho como aquello que está escrito, refiere únicamente a la rama del derecho penal para describir conductas prohibitivas bajo la amenaza de una sanción, partiendo de una realidad y pretendiendo un comportamiento futuro (ser y deber ser), con lo cual sí compartimos, pero en estricto sentido, el derecho, la justicia, la norma y la ley, son términos distintos que deben ser diferenciados para entrar en el estudio de un tema jurídico. “¿Por qué, cuando se inicia una obra jurídica, es frecuente, si no es el caso de una regla general, que se comience por el punto de partida de los puntos de partida: explicando el *concepto del Derecho* para el autor, vale decir, la definición de lo que es el objeto general del estudio?”⁷.

El derecho, constituye el privilegio o garantía que todo ser viviente ostenta en una sociedad organizada. Utilizamos al “ser viviente” y no al hombre simplemente, porque el destinatario del derecho, a igual que la norma, es la generalidad y no el sujeto en particular, la norma, como explica Julio Maier, es abstracta, desvinculada de individuos particulares y de actos concretos. Ella se dirige a todos aquellos que en algún momento y en algún lugar pueden ser considerados como autores o partícipes del acto que ella prohíbe o manda. Éstos empero, son todos los seres humanos en todo caso teóricamente. *Todos son destinatarios de todas las normas*⁸. El profesor argentino tiene razón en cuanto a su concepción erga omnes, pero sólo refiere al ser humano, partiendo de que únicamente éste está en condiciones de recibir el mensaje de la norma y tiene capacidad suficiente para recibirlo, sin considerar que las personas jurídicas, las corporaciones y hasta una

³ MAIER Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2004, segunda edición, tercera reimpresión, Tomo I, p. 65

⁴ MAIER Julio B., *Derecho Procesal Penal...* p. 19

⁵ KAUFMANN Armin, *Teoría de las Normas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, p. 4

⁶ Ob. Cit. p. 11

⁷ MAIER Julio B., *Derecho Procesal Penal ...* p. 5

⁸ MAIER Julio B., *Derecho Procesal Penal ...* p. 26

sociedad de hecho, reciben la protección del Estado; ¿por qué no los animales y las plantas? que con las nuevas concepciones respecto de la vida y del ecosistema, también son destinatarios del derecho y de las normas jurídicas. Qué ocurrirá en un futuro lejano cuando la ciencia descubra que no sólo el hombre tiene conciencia y está en condiciones de aprehender y entender. Él nos trae el siguiente ejemplo: “En el discurso del Sinai debe entenderse que Dios habló para sí mismo (teoría Pura del Derecho), que se dirigió a Moisés (único que pudo escucharlo), que lo hizo para el pueblo judío (al cual Moisés transcribió las Tablas de la Ley) o que se dirigió en general a todos los que en el futuro pudieran recibir el mensaje, dando por sentado, de hecho, que algunos no podrían enterarse de él.”⁹. Del ejemplo se advierte, que lo que se pretende es proteger a una generalidad, independientemente de que conozcan o no el contenido normativo y de quién puede representarlos.

La norma es un modo de comportamiento y este comportamiento no sólo ha de ser del hombre respecto del hombre, sino también del hombre respecto de los animales y de las plantas, que si bien en la tradición jurídica se protegía el derecho de dominio, de goce o de uso, con las nuevas concepciones, los bosques, los animales y demás seres vivos, no sólo que han constituido sujetos de protección indirecta, sino que han llegado en la actualidad a ser los generadores de la norma para evitar su extinción y hasta las formas reprochables que se dan sobre los mismos. V. gr. Las manifestaciones en contra de las corridas de toros, el cautiverio de los animales y la tala de bosques nativos.

Cuando el comportamiento se encuentra descrito en el ordenamiento jurídico, nace la norma jurídica, la que comúnmente está estatuida en la ley y persigue el equilibrio social que constituye el fundamento de la justicia. Veamos al respecto lo que nos dice, José H. González Solar:

“Así como el “ser” se dice en muchos sentidos, el “derecho” también adquiere habitualmente varias significaciones. (...) La palabra *derecho* expresa conceptualmente *lo recto*, calificando por lo tanto todo aquello que no presenta curva ni doblez. (...) Pero el vocablo que nos ocupa tiene un uso que desborda lo antedicho respecto a su significación: para ejemplo, basta recordar la frecuencia con que las personas hablan de “tener derecho” a algo, abriendo así una nueva dimensión conceptual. (...) Es que la *rectitud* del derecho acoge también en nuestra lengua, como en otros romances, lo que los griegos llamaban antiguamente *dikaion* y los romanos *ius* o *iustum*, con la acepción de *lo justo*”¹⁰

Lo justo significa lo recto, porque conviene o se ajusta a otro, porque es conforme en la esencia o se adecua correctamente al fin de la justicia, sin embargo, esto no indica reglas que observar, ni poderes que ejercer, ni siquiera la virtud o el acto virtuoso de justicia ni su exterioridad, ni su alteridad (condición de ser otro), pero sí implica que esa condición de un comportamiento distinto de su libre albedrío, es la génesis del derecho, que según el autor:

“empieza para el hombre en el *alter*, cuando algo se yergue como *suyo*. Porque desde el mismo momento en que lo justo se instala entre dos o más seres humanos, hay quienes están en deuda al respecto, e importa que

⁹ MAIER Julio B., *Derecho Procesal Penal* ...p. 26

¹⁰ GONZÁLEZ SOLAR José H, *Derecho de la Minoridad*, Córdova, Editorial Mediterránea, 2005, pp. 19 y 20.

ella se satisfaga, que *exteriormente* se cumpla más allá del contento o el descontento que pueda experimentar el endeudado.

Estas consideraciones carecerían de pertinencia aquí si no fuese porque interesan sobremanera a la vida social, y a la infancia y la adolescencia en particular.

Efectivamente: la vida social se torna imposible si cada uno de sus participantes atiende sólo al propio bien, desentendiéndose del de los demás, pues de ese modo desconoce el mismo fin que toda sociedad persigue, y que por ende le da su razón de ser: el bien común de sus integrantes, o -lo que es lo mismo- la mutua satisfacción de las necesidades y expectativas que lo impulsan a la vida asociada (...). Tan pronto los hombres comprendieron que la convivencia no podía reposar en lo que cada uno tuviera por justo, y que era necesario fijar expresamente aquello en lo que se convenía como tal, sea en lo nuclear, como en las precisiones derivadas por conclusión y por determinación, surgieron las *normas jurídicas*, o *leyes* en sentido amplio, que ligan a los miembros de la comunidad, los enlazan entre sí de determinada manera y, por ello devienen en causa formal extrínseca del Estado, sociedad humana plena.

El advenimiento de las normas a las que muy pronto se las denominó *derecho*, y hasta -lamentablemente- se las terminó identificando con él en un todo bajo el nombre de *derecho objetivo*, trajo aparejada la cuestión de su legitimación (...). Con la reducción del derecho a las normas jurídicas se entendió que éstas debían condensar todo lo justo, y eso llevó, por una parte, a que el racionalismo moderno levantara rebuscadas concepciones normativas, presentándolas como de “derecho natural”, ya que, por otra parte una explicable reacción positivista negara tal entidad, fruto de la desmesura de quienes pretendían derivar la realidad de lo puro racional -y considerarse a las normas como meras formulaciones que manifestaban una voluntad legislativa(...). Al darse la sociedad normas jurídicas, que condensan una concepción de lo justo, de lo que *debe* reconocerse a cada uno, también hace explícito lo que cada uno *puede* en consecuencia.

Es que lo uno sigue a lo otro, mas en un encadenamiento que no siempre se acepta, aunque el rigor lógico lo imponga: dado algo como valioso, como justo para el *alter*, los demás deben respetarlo como tal, ya que el puede hacerlo valer como debido, sea dirigiéndose inmediatamente hacia quien está en deuda, sea mediatamente ante quien está designado para juzgar sobre lo que en justicia corresponde.

Este poder enraíza en la misma naturaleza humana, tal como lo han venido advirtiendo “las declaraciones de derechos” desde hace siglos, y por su misma virtud intrínseca ha recibido también el nombre de derecho, y más precisamente el de *derecho subjetivo* como prerrogativa personal”¹¹

El Derecho Procesal.- El Derecho Procesal es el conjunto de normas jurídicas y de principios universales del derecho que regulan el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación del derecho material. De esta concepción, se desprende, como efectivamente existe, dos ramas del derecho objetivo; por un lado, el derecho sustantivo, material o sustancial, que regula las relaciones entre particulares, comprende todas las normas jurídicas a las cuales los ciudadanos debemos someternos con carácter obligatorio; y, de otro lado, el derecho de aplicación, formal o adjetivo, que por ser de carácter público, tiende a tutelar y realizar ese derecho de sustancia; y por ello, no sólo se rige por la norma positiva, sino que tiene un especial sustento en los principios universales del derecho.

En la evolución de esta rama del derecho se consideran varias teorías, partiendo de los procesalistas clásicos que mantenían al derecho procesal

¹¹ GONZALEZ SOLAR José H, *Derecho de la Minoridad...* 20, 21 y 24

como un apéndice del derecho sustantivo; por lo cual, los italianos Diana y Rende propiciaron formular una síntesis común que permitiera estudiar el proceso sin comentarios a textos legales de los Códigos de Procedimiento Civil, para abordar con criterio de jurista y no de práctico la situación procesal, lo cual provocó la reacción de Florian y Manzini que querían un derecho procesal penal vinculado con las escuelas penales.

En 1856 a partir de la polémica entre Windscheid y Muther, se produjo la apertura a la idea de una acción autónoma del derecho material, como el derecho a reclamar la tutela jurídica del Estado mediante el proceso, independientemente de que exista o no el derecho sustancial que se pretende hacer aplicar mediante el ejercicio de aquella.

En 1859 en Alemania, Von Bulow expuso la teoría de la relación jurídica procesal que permitió explicar el proceso como una relación jurídica autónoma y de derecho público, porque está regulada por la ley procesal y en ella interviene como sujeto procesal el juez, titular de la jurisdicción que es un poder del Estado.

La autonomía de estos dos conceptos –acción y proceso- fue el mayor mérito de la ciencia procesal alemana que preparó las condiciones para la autonomía del derecho procesal y que más tarde los recogiera en Italia Chiovenda, quien en 1903 en la Universidad de Bologna en el discurso inaugural sobre “La acción en el sistema de los derechos”, manifestó: “los conceptos fundamentales del proceso son acción, jurisdicción y proceso”¹²; más tarde, Calamandrei los difundió con categoría y precisión como ideas fundamentales para la elaboración de la sistemática procesal y posteriormente, el profesor argentino Ramiro Podetti los engloba bajo la denominación de *trilogía estructural del proceso*. De aquí nace la Teoría General del Proceso que “es aquella parte del derecho procesal que se ocupa de estudiar y resumir los conceptos fundamentales, válidos para cualquiera de sus ramas, y compararlos en sus aplicaciones específicas, sistematizando su conocimiento.”¹³.

3. La acción.- La acción desde la concepción material, es todo comportamiento positivo dependiente de la voluntad humana, cuyos elementos son: conducta, voluntad y relevancia, es decir, debe mediar un comportamiento voluntario jurídicamente relevante.

Desde la concepción procesal, la acción constituye la facultad que tiene un sujeto de derecho para provocar la actividad jurisdiccional, facultad que indebidamente se le atribuye la calidad de poder o como sinónimo de derecho, de pretensión y de demanda, lo cual no es correcto por lo siguiente:

No es poder, porque la potestad sólo tiene el juez, que situado sobre las partes, dirige el proceso; no es sinónimo de derecho porque aquella clásica concepción de la prolongación del derecho material ya fue superada con la creación de la ciencia procesal como derecho autónomo; no es pretensión, porque ésta busca una decisión concreta, mientras la acción solo se contrae a provocar una solución; y tampoco es demanda, porque ésta

¹² ALCALÁ- ZAMORA Y CASTILLO Niceto, cita de Cipriano Gómez Lara, *Teoría General del Proceso*, México, Oxford University Press, Décima Edición México, 2004, p. 91

¹³ DE LA RÚA Fernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991 p.1

constituye el acto de voluntad a través del cual se ejerce la acción para obtener la tutela jurídica concreta. De esto se colige, que la acción no es sino el acto de quien siendo o no titular del derecho material, activa, denuncia, o promueve la iniciación de un proceso.

“Desde la célebre definición de Celso *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi* (la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe) transmitida desde el Digesto, ha sido éste uno de los conceptos más debatidos del Derecho Procesal. El concepto de acción comienza a preocupar especialmente a los pandectistas alemanes, quienes, obsesionados por hallar una explicación al tránsito del derecho material a la sede del proceso, tratan de adecuar la fórmula de Celso a los tiempos modernos, de tal manera que la acción se considera como algo ínsito en el derecho subjetivo, es decir, como un elemento, una cualidad o una propiedad inmanente en el derecho subjetivo. En definitiva la acción viene a ser la contemplación del propio derecho subjetivo en su modificación o violación según Savigny, o, como expresamente se conceptuó por Puchta “el derecho en pie de guerra”¹⁴.

Es claro el criterio del autor, al atribuirle a la acción únicamente la facultad moral para exigir la iniciación de un proceso, pero también se evidencia que esa facultad no pretende un resultado concreto como sostiene el profesor Enrique Vécovi, cuando dice:

“Justamente ese *poder de reclamar la tutela jurisdiccional* se denomina acción. Consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales). Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle movimiento, de poner en marcha el proceso. Con lo que, en definitiva, quien ejerce el poder tendrá una respuesta: la sentencia.

Es decir, que consiste en reclamar un derecho ante el órgano jurisdiccional y obtener, como resultado, el proceso, que debe terminar con una sentencia. O sea, que la finalidad es tener acceso a la jurisdicción, es el famoso derecho de acceso al tribunal, a ser escuchado, a que se tramite un proceso para dilucidar la cuestión planteada. Naturalmente que con esto se agota ese poder de acción; no significa que la sentencia tenga que ser favorable: esto depende del contenido de la acción, que es lo que se llama la *pretensión*¹⁵.

El profesor Colombiano Miguel Enrique Rojas Gómez, refiere más técnicamente al derecho de acción y lo asemeja a una modalidad del derecho de petición, distinguiéndole en cuanto a que el derecho de petición constituye el género para exigir la realización de los fines del Estado, en tanto que el derecho de acción “sólo permite provocar el cumplimiento de una función especial específica: la función jurisdiccional”¹⁶; generada de “La necesidad de acceder a la autoridad jurisdiccional a exigir la provisión e imposición de solución jurídica cada vez que el individuo advierta que sus

¹⁴ ENRIGUE LANCASTER-JHONES Carlos Ma., *Manual de Excepciones Civiles*, México, Editorial Porrúa 2006, p. 1

¹⁵ VÉCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Editorial Temis S.A., segunda edición, 1999, p. 63

¹⁶ ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 71

intereses individuales o el interés público pueden resultar comprometidos en eventuales cuestiones problemáticas”¹⁷.

El mismo autor nos aclara que se trata de un derecho subjetivo abstracto en la siguiente definición:

*“la acción es el derecho subjetivo abstracto, en cabeza de todo individuo, de exigir al Estado la realización de la jurisdicción mediante la provisión de una solución jurídica a cada situación o cuestión problemática concreta en que advierta afectados los valores esenciales de la colectividad o estime comprometidos sus particulares intereses real o supuestamente amparados por el derecho”*¹⁸

Jorge R. Moras Mon nos dice:

“La acción es un instituto jurídico procesal autónomo, por medio del cual se materializa el derecho de peticionar ante la autoridad judicial (concretada en un órgano jurisdiccional) la actividad pública necesaria para conocer y juzgar respecto de una pretensión jurídica por ella presentada

De esta manera la acción, frente a la jurisdicción, no es otra cosa que su estimulante, o, como se ha dicho, **la fuerza motriz del mecanismo procesal**”¹⁹. (la negrilla es nuestra)

Cipriano Gómez Lara, dice: “Pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón. Así, al igual que Couture, entendemos por acción ““no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales””²⁰.

Juan Montero Aroca completa las definiciones de los demás autores: “El derecho de acción en este sentido abstracto lo es a la actividad jurisdiccional, a poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del Estado, aunque esa actividad tiene que tener un objeto, que es, a su vez, la pretensión. No hay derecho de acción en el vacío, pues no puede haber actividad procesal sin objeto, pero el derecho de acción es un derecho subjetivo público, mientras que la pretensión no es un derecho sino una declaración de voluntad fundada...”²¹.

Todo individuo es titular del derecho de acción desde el momento mismo en que surge a la vida jurídica. Este es el sujeto activo. El sujeto pasivo es el Estado, representado por el juez, como titular del órgano jurisdiccional.

Como conclusión, advertimos que la confusión generada por la doctrina radica porque en un proceso civil se conjugan los tres elementos: demanda, acción y pretensión, lo que no sucede en el proceso penal, en donde la pretensión se produce en una fase posterior al ejercicio de la acción.

¹⁷ ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso* ...p. 74

¹⁸ ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso* ...p. 75

¹⁹ MORAS MOM Jorge, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Quinta Edición 1999, p. 97

²⁰ COUTURE J. Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, cita de GÓMEZ LARA Cipriano, *Teoría General del Proceso*, México, Oxford University Press, Décima Edición, 2004, p.96

²¹ MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional I*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p. 251

Como queda claro, lo que provoca la controversia y con ello los medios de defensa y excepciones, no es la acción, ni siquiera el derecho de acción, sino la pretensión procesal. Analicemos ésta importante institución:

Miguel Enrique Rojas nos dice:

“Como se ha visto, el derecho de acción sólo puede ejercitarse en la medida en que haya necesidad de acudir a la jurisdicción a plantear una cuestión o situación problemática concreta en orden a que el juez consiga, provea e imponga una solución jurídica. Este planteamiento específico es lo que se llama pretensión. No es concebible el ejercicio del derecho de acción sin la formulación de una pretensión, pues lo único que justifica el empleo de la acción es la necesidad de formular una pretensión concreta para estimular un pronunciamiento del Estado acerca de ella.”²².

Don Miguel Fenech, al referirse a lo que se pide en la demanda, nos dice: “En nuestro recorrido por el ámbito estructural de la demanda, llegamos al punto más importante y de mayor trascendencia procesal, (...) lo que debe tomarse en consideración por el órgano jurisdiccional es la esencia de la petición, y no la fórmula empleada para deducirla...”²³. El catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, nos ilustra que esta petición debe reunir los requisitos de claridad y precisión, explicando respecto del primero, que se a de expresar “con palabras inequívocas que no puedan dar lugar a confusión, ni al demandado ni al titular del órgano jurisdiccional” y respecto del segundo requisito, que “La precisión exige una petición en la que se concrete exactamente la amplitud de la declaración jurisdiccional, estableciendo los límites de ésta.”²⁴

La pretensión según el profesor de la Universidad Externado de Colombia, tiene como elementos, *el sujeto, el objeto y la causa*, permitiendo que estos tres presupuestos puedan individualizarla y distinguirla de los demás; y ésta a su vez puede ser propia e impropia, la primera cuando se individualiza el hecho y su consecuencia y la segunda solo busca provocar la actuación jurisdiccional. Ejemplos: la acusación y la denuncia.

Las pretensiones propias según el autor, pueden ser declarativas, constitutivas, de condena, ejecutivas y liquidatorias:

Son declarativas, cuando lo que se persigue es obtener una solución que suministre plena certeza acerca de la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica material que antes no estuvo claramente establecida.

Son constitutivas, cuando se busca una mutación o cambio en una situación jurídica cierta, mediante la creación, modificación o extinción del derecho material.

Son de condena, cuando lo que se busca es someter al sujeto pasivo al cumplimiento de una prestación.

Son ejecutivas, cuando lo que se persigue es hacer cumplir un derecho preestablecido.

Son liquidatorias, cuando existe concurrencia de derechos de varios titulares sobre uno o varios bienes o sobre una universalidad, para poner fin

²² ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso* ... p. 83

²³ FENECH Miguel, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Agesa, 1980, pp. 79 y 80

²⁴ FENECH Miguel, *Derecho Procesal Civil*... p. 82

a esa comunidad mediante la asignación de una parte a cada uno de sus titulares.²⁵ .

No es una demanda, porque ésta constituye una manifestación de voluntad que si bien provoca el inicio del proceso, envuelve en ella la pretensión procesal en tal grado que hasta se funden demanda y pretensión en un sólo acto.

La demanda, según Caravantes,

marca los derechos sobre cuya determinación ó ejecución debe versar la sentencia (...) Se llama *demanda*, porque contiene una petición, y *libelo* diminutivo de *libro*, porque las fórmulas que la expresan se exponen en un breve escrito(...) porque contiene el objeto principal de su reclamación, y lo contiene como intención principal, para diferenciar el escrito de la demanda de los demás que contienen peticiones accesorias ó incidentales, que son como consecuencias y derivaciones de aquella petición principal, ó que aun cuando comprendan esta misma, no la contienen como objeto principal del escrito; así sucede, por ejemplo, con la citación, que aunque contiene la demanda su objeto principal es que comparezca al juicio el demandado²⁶ .

Andrés de la Oliva puntualiza: “la demanda es el *acto en que el actor ejercita su derecho o tutela judicial efectiva, afirma la acción que ejercita y solicita una tutela jurisdiccional concreta*”²⁷

Los sujetos de la pretensión son el actor, como sujeto activo y el demandado, como sujeto pasivo. Estos son las partes procesales, que se diferencian de los sujetos procesales, porque las partes son las personas físicas o aquellas de existencia ideal, conocidas como personas jurídicas, que reclaman en nombre propio, o en cuyo nombre se reclama la satisfacción de una pretensión, y aquella frente a la cual se reclama dicha pretensión, mientras los sujetos procesales, no siempre están en dicha condición, como por ejemplo, el juez, el testigo, los peritos, los intérpretes, etc., deviniendo, que todas las partes son sujetos procesales, pero no todos los sujetos procesales son partes procesales, esto es, que los primeros constituyen el género y las partes, la especie. Pero para ser parte procesal, se requiere de dos hechos fundamentales: el primero, ser el titular del derecho material y como segundo presupuesto, tener la capacidad de ejercicio, con lo cual, esta aptitud de goce más la del ejercicio de su derecho, sustentan la facultad para reclamar a través del ejercicio de la acción y mediante una demanda el derecho cuya situación problemática es materia del conflicto. A esto se le conoce como la legitimación en la causa y legitimación en el proceso, respectivamente.

4. La jurisdicción.- Para regular el equilibrio social, se ha creado la ley como sustrato del derecho, en sus distintas ramas, a fin de que el ciudadano, ajuste su conducta a los mandatos legales, bajo el control del Estado a través de sus distintos órganos, permitiendo la sustitución de una actividad pública

²⁵ ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso* ...pp. 89-94

²⁶ CARAVANTES José de Vicente, *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil*, México, Ángel Editor, 2000, Tomo II, pp. 8 y 9

²⁷ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Segunda edición, Primera reimpresión, Introducción, 2002, p. 242.

a una actividad ajena según la concepción de Chiovenda, mediante la adopción de decisiones que dirimen los conflictos de carácter jurídico-civil.

En la ley penal se encuentran previsiones abstractas e indeterminadas de imputabilidad que requieren su individualización en un proceso y se conviertan en inculpaciones concretas y luego en penas, que dan lugar a declarar la aplicación de la ley penal en casos concretos y la potestad de imprimir fuerza ejecutiva a sus decisiones, deviniendo que, “La jurisdicción(...) es función soberana que el Estado ejercita por medio de personas físicas, las cuales, en cuanto órganos del Estado, toman el nombre de jueces”²⁸. Los jueces son personas físicas, funcionarios que en representación del órgano jurisdiccional y por tanto, en nombre el Estado, administran justicia, dicen el derecho de los justiciables y se sustituyen en su voluntad. Los órganos jurisdiccionales pueden ser unipersonales o colegiados, a éstos comúnmente se les denomina como “Tribunales”. Tribunal viene de “tribuno”, “que es uno, o de “tribuna”, que puede ser ocupada por uno o por varios”²⁹. El autor de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, nos aclara que tribunal no es como algunos creen, que se trata de un cuerpo colegiado y mucho menos que sea integrado por tres miembros, es una terminología utilizada sí en el mayor de los casos para los cuerpos colegiados, pero no por esto implique aquello. En la legislación española ya no su utiliza la palabra juez, sino tribunal, indistintamente de que sea unipersonal o colegiado.

Esta potestad de administrar justicia, no siempre es plena, pues hay casos en que sólo se limita a investigar los hechos y permitir el enjuiciamiento o a la ejecución del fallo y hasta al propio juzgamiento como sucede en la jurisdicción arbitral. Florián lo llama jurisdicción plena y menos plena.

Calamandréi proclamó como primera y esencial función del Estado, la declaración de certeza, para establecer cuál es el derecho ante el conflicto, o sea, quién tiene la razón, de ahí la raíz *iuris dictio*, decir el derecho.

Andrés de la Oliva, dice que la jurisdicción implica “acomodar la realidad a lo jurídico, es decir, realizarlo”³⁰, *ius dicere, o iurisdictio*(decir el derecho, función jurisdiccional).

La jurisdicción tiene los siguientes elementos:

Notio: Conocimiento o idea que se tiene de una cosa

Judicium: Proceso, juicio o instancia judicial que termina con un fallo o sentencia

Imperium: Símbolo o instrumento de castigo, poder de mando de los magistrados

Executium: Ejecución de la sentencia

Caravantes completa esta explicación:

“*Notio*, es el derecho de disponer que se practiquen todas las pruebas y demás diligencias que se crean necesarias para ilustrar el entendimiento y dirigir la conciencia del magistrado.

Judicium, esto es, la facultad de pronunciar sentencia con arreglo a las leyes, declarando el derecho que corresponda a cada uno o aplicándole la pena en que ha incurrido.”³¹

²⁸ FLORIAN Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1990, pp. 146 y 147

²⁹ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal...* p. 28

³⁰ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal...*p.44

Imperium, “la potestad ó parte de fuerza pública necesaria para asegurar la ejecución de las decisiones y mandatos de la justicia,”³²

Ejecutio, es la potestad de ejecutar las sentencias y autos que conllevan un proceso o procedimiento de ejecución, potestad que según el autor, puede ser de dos clases:

- a.) imperio mero, potestad de ejecutar las sentencias criminales.
- b.) imperio mixto, potestad de llevar a efecto las providencias que se dictan sobre pleitos civiles.

De esta potestad nace lo que los romanos llamaban *coercitio*.

Como afirma Véscovi, “algunos de nuestros códigos muestran una confusión entre jurisdicción y competencia, en especial porque, a veces, emplean el primer concepto en el sentido del segundo”³³.

La competencia es “la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado”³⁴. Según Florián, es la “... **capacidad objetiva** del juez, o sea, capacidad considerada en relación con el objeto del proceso y su desenvolvimiento...”³⁵.

De estas concepciones, se establece que la jurisdicción es única, puesto que tanto la rama del Derecho penal, como del Derecho civil, tienen como objeto final la imposición del derecho y la defensa de la paz social, como dice Véscovi, porque inclusive en una misma rama del derecho existen procesos especiales que hace que para la aplicación del derecho sustancial se den ciertas especialidades.

Para el ejercicio de la jurisdicción, según Alfredo Vélez Mariconde, deben cumplirse estos presupuestos: a.) La intervención de órganos que formen parte del poder judicial; b.) Que el tribunal actuante esté previamente designado por la ley; c.) Que exista un procedimiento previamente establecido; y, d.) Que se de un proceso debido y se permita el derecho de defensa.³⁶

Características de la jurisdicción. Como sostiene Miguel Enrique Rojas, la “función jurisdiccional goza de caracteres especiales que permiten delimitar adecuadamente el concepto y establecer sus notas distintivas en relación con otras funciones también a cargo del Estado”³⁷. El autor nos explica todas estas características, cuyas ideas se extraen así:

- a) **Singularidad.**- Permite que el Estado sea el único que ostente el poder de administrar la justicia, no es posible la coexistencia de varias jurisdicciones en cabeza del mismo Estado, por que

“La función de solucionar las cuestiones problemáticas de contenido jurídico que broten de la colectividad es una sola, como única es la función de hacer las leyes o la administrar los bienes públicos

“Por la razón acabada de expresar aborrecemos la perniciosa costumbre, que injustificadamente campea en los textos de derecho procesal, de hacer

³¹ CARAVANTES José de Vicente, *Tratado de los procedimientos judiciales...* p. 163

³² CARAVANTES José de Vicente, *Tratado de los procedimientos judiciales...* p. 163

³³ VÉSCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso...* p. 103

³⁴ ALSINA Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, segunda edición, 1957, T. II, p. 512

³⁵ FLORIAN Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal...* p. 164

³⁶ VÉSCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso...* p. 104

³⁷ ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso...* p. 45.

referencia a distintas jurisdicciones en cabeza del mismo Estado, por lo que abogamos por su definitivo destierro”³⁸

- b) **Exclusividad.-** La potestad de juzgar conductas humanas y dirimir controversias es una sola y no puede considerarse a esta como equivocadamente lo hacen los propios Códigos de Procedimiento o creer que por tratarse de una decisión tomada en otro Estado pierda tal característica. Como nos aclara el profesor colombiano:

“La jurisdicción de un Estado excluye a cualquiera otra y, de contera, a la justicia privada.

(...)

La eficacia de un fallo jurisdiccional de un Estado en el territorio de otro depende de que éste lo haga suyo mediante la emisión de una decisión jurisdiccional propia. En la medida en que esto ocurre, se entiende que el fallo también es emanación de la jurisdicción del último, por ser él quien le confiere eficacia.”³⁹

La creación de organismos supranacionales implica una cesión de las facultades de sus órganos internos en favor de éstos que son inherentes a su soberanía aceptando por anticipado el resultado de la actividad que ellos realicen.

Igual sucede en la justicia arbitral, que se realiza por parte de organismos ajenos al aparato estatal por sometimiento expreso de la voluntad de las partes, pero que no deja de ser sino una modalidad de aquella en cuanto su actuación está sometida a la autoridad del mismo Estado y es éste el que de manera anticipada le confiere eficacia a las decisiones que la justicia arbitral emite.

- c) **Independencia.-** La jurisdicción busca separarse del vaivén político para mantener la estabilidad social. El señalamiento de pautas o reglas de proceder tiene que ser abstracto y no concreto, para mantener esta congruencia.
- d) **Concreción.-** Las decisiones de los jueces son de aplicación concreta y particular, pues hasta en el *comon law* las decisiones judiciales son sólo precedentes judiciales y fuente formal del derecho y si bien cuando éstas son repetidas se tornan obligatorias, forzosamente debe mediar un debate judicial en las nuevas contiendas.
- e) **Permanencia.-** La suspensión de las actividades de la Función Judicial, no implica que haya mediado una interrupción de la jurisdicción, porque el Estado en todo momento no se releva de la responsabilidad de solucionar los conflictos sociales.
- f) **Imparcialidad.-** El Estado no puede ser parte en una cuestión problemática cuando es el mismo el llamado a resolverla, sus entidades son sujetos de derecho perfectamente individualizados que actúan y se obligan separadamente y, por ende, al verse involucrados en una cuestión problemática descienden de su condición de ente oficial a la de simple miembro de la colectividad para sujetarse a la solución que el Estado, en cuanto titular de la jurisdicción, ha de proveer.
- g) **Perennidad.-** La solución adoptada en una cuestión problemática acarrea la necesidad de respetarla, sin dar lugar a su alteración por el

³⁸ ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso...* p. 45,46

³⁹ ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso...* p. 45,46.

advenimiento de nuevas circunstancias o el imperio de doctrinas que modifiquen el esquema social de valores. Esto induce a pensar de que dichas soluciones tengan el carácter definitivo, lo que implica que no puedan ser sustituidas, revocadas ni modificadas, para asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas y garantizar la vigencia material del orden jurídico.

- h) **La coercibilidad.-** Las soluciones que imparte e impone la jurisdicción son; por esencia, susceptibles de materializar, aún con la utilización de la fuerza. De no ser así, el grado de utilidad sería mínimo porque dependería de la buena voluntad del afectado con la decisión. El poder de coerción que tiene el juez permite remover los obstáculos que se opongan al cumplimiento de su misión.

Miguel Enrique Rojas distingue las situaciones problemáticas de las cuestiones problemáticas, según el profesor colombiano, las primeras son inconductas jurídicas en las que no existe pugna entre diversos sujetos o que sin exteriorizar un malestar a la comunidad requieren de la intervención estatal para dar eficacia a sus actos. Ej. divorcio consensual, declaración de interdicción. Las cuestiones problemáticas, son controversias entre varios sujetos generadas de una conducta no ajustada a derecho.

La competencia:

Respecto a la competencia es preciso ampliar sus conceptos, partiendo de que, “La ley reglamenta la competencia distribuyendo el conocimiento entre los distintos jueces, teniendo en cuenta el territorio en el cual ejercen su jurisdicción y, luego, las distintas categorías derivadas de la división del trabajo” **“se dice que la competencia es la medida de la jurisdicción;** no en el sentido de que aquélla limita a ésta, sino respecto de su ejercicio”⁴⁰ (la negrilla es mía).

La competencia tiene sus clases, no la jurisdicción como expresa Miguel Enrique Rojas, y además de las previstas en nuestro Código de Procedimiento Civil, cuya clasificación se atribuye a la jurisdicción, se distinguen:

a.) Competencia territorial.- Se desprende de las personas, cosas y los actos que sólo caen bajo la jurisdicción del juez, cuando ella ha sido puesta en movimiento mediante una acción; por consiguiente, lo que interesa saber es ante qué juez y de qué lugar debe ser promovida la acción; ¿el del domicilio del actor? ¿el domicilio del demandado? ¿el del lugar de la situación de la cosa? Para determinarlo debemos comenzar por recordar que las acciones pueden ser personales y reales.

Las acciones personales son aquellas que se derivan de los derechos de una determinada persona y autorizan a exigir de ella el cumplimiento de sus obligaciones. Art.596 cc. Las acciones reales son aquellas que se originan de los derechos reales, de los bienes inmuebles como son el dominio y el usufructo, Art. 595 c.c. Acciones mixtas son aquellas en las cuales se hace valer a la vez un derecho de cada clase. Acciones personalísimas son

⁴⁰ ALSINA Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial...* pp. 512, 513 y 514

aquellas que protegen derechos personalismos que por su naturaleza son intransferibles.

Las acciones personales se rigen por la regla *actor sequitur forum rei*, que se sustenta en el derecho de que no se puede obligar al demandado a litigar ante un tribunal que no es el de su domicilio, frente a un demandado que no ha probado todavía la justicia de sus pretensiones, y que pueden resultar infundadas.⁴¹ En esta la capacidad del juez respecto de las acciones personales se determina por el domicilio del demandado, y en las acciones reales, por el lugar de la situación de la cosa.

Los casos de fuero concurrente constituyen excepciones a la regla y de prórroga expresa o tácita de la competencia. Las acciones reales derivan del lugar donde estén ubicados los bienes objeto de la disputa.

Competencia por materia.- Materia es el contenido, objeto o asunto cuya pretensión genera el conflicto. Constituye el factor objetivo, que se genera por la naturaleza o contenido de la relación jurídica y por la significación económica de la controversia.

En materia penal, la capacidad del juez se distribuye por materia cualitativa o por materia cuantitativa, y en la primera, por la calidad y cantidad de la pena.

Competencia por conexión.- La múltiple realidad de la vida procesal hace que no sea poco frecuente el caso de que los diversos motivos de competencia se encuentren entrecruzados entre sí, de lo que conlleva a determinar una derogación de la competencia por la materia o por el territorio para privilegiar a uno de estos factores. Constituye un desplazamiento de un juez a otro en consideración a los caracteres particulares del caso concreto, permitiendo que un juez pueda conocer el pleito que se derive de su decisión. Ej. Daños y perjuicios derivados del delito.

Competencia funcional.- Es la facultad del juez que la ley le atribuye en razón de la función pública que desempeñan ciertas personas, dando lugar a una facultad privativa cuando se trata de asuntos jurídico-civiles y al fuero en asuntos penales.

El fuero es la garantía que concede el Estado a ciertos funcionarios para ser enjuiciados penalmente ante jueces de similar jerarquía, con el fin de permitir que el juzgador en el ejercicio de la actividad jurisdiccional actúe con libertad, independencia e imparcialidad.

Los presupuestos para que nazca la competencia del imputado que goza de fuero son:

1. Que la persona que goza de fuero se encuentre expresamente imputada, es decir, que se haya iniciado la instrucción fiscal; y,
2. Que conste en forma documentada que la persona imputada ejerce una de las funciones que le hace merecedor al fuero.

e.) **Competencia por el grado.-** Los procesos tienen su propia naturaleza y sus etapas que hace que cada juez conozca una de ellas. Así el juez penal sólo conoce la investigación y el tribunal sólo juzga y los jueces superiores conocen una o varias etapas de la impugnación.

⁴¹ ALSINA Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial...* p. 528

f.) Cuestiones de competencia.- Las partes pueden oponerse a ser juzgados por jueces que la ley no les permite y los propios órganos pueden defender sus espacios mediante sus correspondientes alegaciones. Estas acciones son inhibitorias y declinatorias, la primera, cuando las partes reclaman ante el juez que consideran es el competente; y las segundas, cuando éstas alegan ante el mismo juez incompetente para que se separe del conocimiento y remita el proceso a quien es competente

El propio juez puede inhibirse de conocer una causa que se considera incompetente y remitir a quien él estima debe conocer, quien a su vez, puede aceptar o negarse.

Cuando el juez a quien le ha sido remitido un proceso considerando que él es el competente y se le ha requerido su remisión se opone, se produce un conflicto que debe ser dirimido por el superior.

5. El proceso escrito y el proceso oral.- El Proceso constituye una pluralidad de relaciones intersubjetivas que sirve de instrumento de la actividad jurisdiccional del Estado. Se estructura con una serie o conjunto de actos unificados realizados por las partes procesales. Viene de *processus*, que significa avanzar hacia un fin determinado a través de sucesivos momentos. “el proceso moderno es un proceso estructurado a base de dos posiciones procesales distintas y enfrentadas y de un juzgador que, situado neutralmente por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones”⁴². “el proceso judicial en lugar de ser un propósito es un instrumento para acceder a la solución jurídica de las cuestiones problemáticas y por esa vía a la actuación del derecho. No es un fin, sino un medio.”⁴³

Según Cipriano Gómez Lara, la acción, más la jurisdicción, más la actividad de terceros, es igual a proceso ($a + j + at = p$)⁴⁴.

Proceso y procedimiento.- El proceso es el instrumento del que se sirve el Estado para el ejercicio de la actividad jurisdiccional, el procedimiento es el ritual externo a través del cual se desarrolla el proceso.

“Es necesario distinguir de inicio que entre los “procesos” y los “procedimientos” hay una diferencia tajante. En los primeros hay un objeto procesal (hecho- imputado- en el marco de la ley penal-, pretensión punitiva) que es su materia y a cuyo respecto se dictará una sentencia concretando la actuación de la ley penal sustancial.

En cambio, en los “procedimientos” especiales ese objeto procesal no existe, y el propósito de la actuación no es el de arribar a una sentencia, ni a la materialización del derecho de fondo. La finalidad propuesta es la de proveer en forma regulada por la ley procesal (consultando tanto la seguridad, como la libertad), a la satisfacción de una diligencia o situación necesaria e ineludible actual, mediante una resolución externa al proceso al que sirve o que precederá a un proceso concreto.”⁴⁵

Como funciones del proceso citamos:

⁴² DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal...* p. 41

⁴³ ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso...* p. 123

⁴⁴ GÓMEZ LARA Cipriano, *Teoría General del Proceso...* p. 107

⁴⁵ MORAS MOM Jorge, *Manual de Derecho Procesal Penal...*p. 449

1.- La satisfacción del interés individual; 2.- Garantiza la defensa adecuada de los intereses en juego; y, 3.- Mantiene la vigencia del orden jurídico.

Etapas.- Instrucción y juicio. La primera, refiere a la instrucción intraprocesal que engloba la demanda y contestación, la prueba y las alegaciones de las partes, con lo cual se desarrolla el proceso hasta ponerlo en estado de sentencia. La segunda se contrae a la resolución, donde se dirime la controversia.

Se llama proceso, “a una serie de actos de las partes y del órgano judicial coordinados entre sí y realizados en forma sucesiva, ligados por el fin fundamental de lograr la actuación del derecho, satisfaciendo las pretensiones aducidas mediante una declaración final, o sumando a ésta una condena, o el cumplimiento de determinados actos”⁴⁶

Naturaleza.- Diversas son las teorías que han querido explicar la naturaleza judicial del proceso, las que estuvieron ligadas a momentos históricos y teorías privatísticas en boga. Al respecto tenemos:

Teoría contractualista.- “parte de la afirmación de que existe una convención entre el actor y el demandado, convención que fija determinados puntos de discusión y que otorga la autoridad al Juez. El antecedente de ella lo encontramos en la *litis contestatio* del derecho romano, la cual significa, un acuerdo de voluntades por el que se investía del poder al *Iudex* (árbitro). En este acuerdo se hacía novación de los derechos de las partes y de ahí en adelante su situación jurídica, a resolver por el Juez, nacía del acuerdo”⁴⁷.

Teoría del cuasicontrato.- Se trata de una derivación anterior con la diferencia de que no se admite la teoría contractual porque la contumacia no le exime la sustanciación, partiendo de la base concebida por los alemanes, de que el proceso es un hecho generador de obligaciones distinto de las otras fuentes previstas en el Art. 1453 del Código Civil.

Relación Jurídica.- Fue formulada en Alemania para lo Civil y más tarde adoptada con ciertas reservas en lo Penal. “se estima que el proceso constituye una relación jurídica *sui generis* en que se encuentran los sujetos de aquél, a causa del ejercicio de sus poderes y del cumplimiento de sus deberes; que sus respectivas actividades, traducidas en los actos del proceso, determinan un vínculo que nace progresa y se extingue en virtud del derecho adquiriendo singulares tonalidades”⁴⁸.

“La relación jurídica es un vínculo entre *dos sujetos*, en virtud del cual uno (titular de un derecho subjetivo) queda autorizado a pretender de otro (el obligado) una prestación,...”⁴⁹

Situación Jurídica.- Goldschmidt niega la existencia de una relación jurídico-procesal porque considera que es necesario establecer las categorías adecuadas para comprender los nexos procesales. En primer lugar se debe entender que siendo el proceso el instrumento de la jurisdicción, pertenece al derecho público; en segundo lugar, las partes no tienen obligaciones sino

⁴⁶ FALCÓN Enrique, *Manual de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, , 2005, T I, p.71

⁴⁷ VÉSCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso...*p. 92

⁴⁸ VÉLEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 3ra. edición, segunda reimpresión, 1986, T. II, P. 134.

⁴⁹ VÉLEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho Procesal Penal...* p. 143

cargas. De esto se desprende que “Los *nexos jurídicos son expectativas a una sentencia favorable o perspectivas a una desfavorable*”.⁵⁰

Institución Jurídica.- Refiere a Jaime Guasp, afirma que el profesor español defiende esta teoría partiendo de que no simplemente el resultado es una combinación de actos, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí que hacen que el proceso sea una realidad jurídica de tendencia permanente, con carácter objetivo, en el que los sujetos están situados en un plano de desigualdad o subordinación, cuyo contenido no es modificable por su voluntad, sino dentro de sus límites y se adapta a la realidad de cada momento sin que la consideración del respeto a situaciones subjetivas anteriores tenga la misma fuerza que en una relación de tipo contractual.

El ilustre procesalista de la Universidad de Córdoba, Argentina, concluye: “el proceso está constituido por *actos* que el derecho disciplina, los que están unidos y fundamentalmente concatenados, “no sólo por su conexión teleológica -como expresa Calamandrei- sino también porque, desde el inicio hasta el final de la serie, cada uno de ellos *nace como consecuencia del precedente*, y a su vez, como estímulo del que le sigue”, de modo que en el proceso se desarrolla una interferencia de las voluntades que le dan existencia: “cada uno de los sujetos provoca, con la propia actividad, el movimiento de los otros sujetos, y luego espera de ellos un nuevo impulso para ponerse nuevamente en movimiento”.⁵¹

El procedimiento y sus formas.- Es la apariencia exterior, su forma, la figura corporal del proceso, el que para su desarrollo requiere de condiciones de lugar, tiempo y modo y que agrupadas en tres categorías, deducimos los siguientes efectos.

- a.) Esenciales, que integran la estructura básica del procedimiento, son su columna vertebral;
- b.) De garantía, que aseguran y facilitan a los implicados el ejercicio de su defensa; y,
- c.) De mero rito, que se crean para hacer más cómodo, seguro y eficiente el trámite, pero no tocan la estructura básica del procedimiento ni la defensa de los justiciables.

El proceso oral.- “...en la primera mitad del siglo XIX, el proceso era considerado como asunto exclusivo de las partes, y el juez era un tercero alejado de la litis, que sólo actuaba al final para resolverla. (...) La fórmula de la justicia rogada (“*Ne procedat iudex ex officio*”), conforme a su extremo rigor, era la regla imperante”⁵², limitaba el poder efectivo del juez a la voluntad de las partes y hasta las audiencias y desarrollo mismo del proceso era entre las partes con escasa o casi nula intervención del juez, quien sólo debía juzgar al término del proceso.

Cuando el Papa Inocencio III, en el año 1216 decretó el principio de la escritura, según el cual, todo acto procesal debe constar por escrito para evitar la deshonestidad judicial, se instituyó la inmediación, la dispersión, la preclusión y el secreto y generó el aforismo *quod non in actis non in mundo*.

⁵⁰ VÉLEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho Procesal Penal*...P. 136

⁵¹ VÉLEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho Procesal Penal* ...p 140

⁵² DE LA RÚA Fernando, *Teoría General del Proceso*...P 100

Ante la arbitrariedad del juez y el sistema legal de valuación de la prueba, la ausencia de imparcialidad y la incorporación de las pruebas en ausencia del juez, y el descubrimiento de las institutas de Gallo, dio lugar al renacimiento del sistema oral en busca del equilibrio entre el interés individual y el interés público que proclamó la Revolución Francesa, pero fue el código austriaco elaborado por Franz Klein de 1898 el que permitió la difusión y captación en la Europa de la época.

“La justicia concebida como asunto de interés público, el aumento de los poderes del juez y una restricción de los poderes de las partes, y el sistema de la oralidad como medio de instrumentar prácticamente esas ideas, constituyen los puntos centrales del vasto movimiento doctrinal y legislativo que se inició en Europa en el siglo”⁵³ XIX y se intensifica en el siglo XX; sin embargo, este sistema no existe plenamente en España, Francia e Italia.

Características del Sistema Oral:

- 1.- El juez toma contacto directo con las partes y la prueba; se realiza el principio que Flamarino llama *originalidad* y que nosotros conocemos como *inmediación*.
2. Debe ser *concentrado* o continuado durante todas las audiencias necesarias hasta su terminación y la sentencia debe ser dictada inmediatamente.
- 3.- *Identidad física del juzgador*, lo cual permite que sólo el juez que ha participado del debate es quien puede intervenir en el pronunciamiento de la sentencia, de lo contrario, la inmediación carecería de sentido, de ahí la inapelabilidad de las resoluciones, lo cual hace posible también la agilidad de la justicia
- 4.- Supone la *publicidad* con las excepciones taxativamente establecidas, permitiendo que no sólo las partes puedan realizar el control de la actividad jurisdiccional sino terceros para afianzar el sistema democrático, partiendo de que la verdad y la justicia no pueden ser separadas y tener secretos.
- 5.- La *valuación de la prueba* se sustenta en el sistema de la sana crítica razonada.
- 6.- El *principio de la oralidad radica en la identidad* entre el juez de la instrucción y el juez de la decisión. Cuando uno es el juez de la instrucción y otro llamado jurisdicente conoce el juicio, estamos ante el proceso de tendencia hacia la escritura, por eso en el proceso penal las pruebas se realizan en el juicio.

“Oralidad significa que el proceso culmina en una audiencia oral en la cual son recibidas las pruebas y se oye a las partes, basándose en actos previamente realizados por escrito, como la demanda y la contestación, la instrucción penal o la recepción anticipada de las pruebas.”⁵⁴

Según el autor, los actos deben ser oralizados por la lectura sin que sea suficiente la presentación de documentos y busca que la verdad material prevalezca sobre la verdad formal para evitar que sólo los abogados conocedores y experimentados puedan tener beneficios de la justicia permitiéndole que el juez pueda traer al proceso los razonamientos no aducidos por una parte torpe o débil, es decir, se viene a contrariar el principio de sentenciar según lo alegado y lo probado.

⁵³ DE LA RÚA Fernando, *Teoría General del Proceso...* pp. 102

⁵⁴ DE LA RÚA Fernando, *Teoría General del Proceso...* p. 107

La imparcialidad entendida como ánimo libre de prejuicios o de ideas preconcebidas o de intereses personales en el resultado del proceso sustenta este sistema.

El proceso inquisitorial es característico de los regímenes absolutistas; el dispositivo del liberalismo individualista y el publicista del socialismo. ¿En qué sistema estamos?

El hecho de que haya partes del proceso escritas, no desnaturaliza la característica del sistema oral, ni siquiera es admisible la concepción de un proceso mixto como sostenía Chiovenda, porque los escritos son meramente preparatorios de la audiencia oral y los medios básicos para poner al demandado en situación de defenderse, con lo cual se sigue empleando el brocardo *quod non est in actis non est in mundo* para evitar la petita en sus distintas modalidades, también se mantiene en este sistema la preclusión.

El autor argentino, quien antes se refiere al italiano Chiovenda, nos indica que “en el proceso penal moderno de juicio oral, no todo es oralidad. Hay una complementación armoniosa de los medios más útiles para lograr celeridad y seguridad en los fallos. El proceso penal moderno responde a cierto sistema y se basa en ciertos principios”⁵⁵.

El profesor de la Universidad de Buenos Aires, afirma que este *sistema es mixto*, porque “se compone de una *instrucción*, que es esencialmente preparatoria, realizada por escrito, limitadamente pública y limitadamente contradictoria, y del *juicio*, que es oral, público, contradictorio y continuo, y constituye la etapa esencialmente decisoria”⁵⁶.

Por esta doble estructura del proceso, es pertinente llamarlo como muchos autores, “*el proceso por audiencias*”

6. El principio de contradicción y su fundamento constitucional.-

Los principios constituyen el sustento o punto de partida para la elaboración de la norma escrita. Así como Atlas, el gigante que en la mitología Griega, tiene a cargo el sostén y base del globo terráqueo, así, los principios son los pilares del edificio normativo desde donde soportan o se generan las ideas básicas y fundamentales que han de dirigir la vis de la ley; “son los criterios inspiradores de la capacidad de decisión y de influencia del órgano jurisdiccional y de las partes en el nacimiento del proceso, en su objeto, en su desenvolvimiento y en su terminación”⁵⁷.

Su terminología proviene del latín “*rades-icis*”: raíz, que implica, que éstos están por sobre la verdad aparente de la norma procesal y permiten el ajuste del comportamiento normado, al comportamiento de origen, con la “finalidad de tutelar eficazmente las distintas parcelas del derecho objetivo y los muy diversos derechos subjetivos”.

Entre los principios y las reglas de proceder, existe una diferencia fundamental, pues el principio es el elemento de origen, mientras las reglas de proceder, son elementos accesorios que si bien pueden influir en el comportamiento procesal, estas no tienen un carácter controlador ni superior a la norma, sólo son orientadoras no sustanciales, no superiores, que paralelamente con el ejercicio de la actividad jurisdiccional han de tenerse en cuenta, por ello se les ha denominado “máximas”. Estos principios están

⁵⁵ DE LA RÚA Fernando, *Teoría General del Proceso...*p. 107

⁵⁶ DE LA RÚA Fernando, *Teoría General del Proceso...*P.107

⁵⁷ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho Procesal...*p. 49

presentes, tanto en el proceso mismo, como en ciertas instituciones procesales, es por ello que hablamos de los principios de la prueba.

Clasificación de los principios.- Los principios procesales se ubican según el momento procesal o según el objeto y forma del proceso; dentro de los primeros tenemos aquellos que con carácter general regulan la actividad procesal, y estos tienden a regular el abuso peligroso de la justicia privada o de la propia justicia estatal, de tal suerte que la norma escrita no puede jerárquicamente superar estas bases, es por esto que algunos de ellos se han descrito específicamente tanto en la norma material, como en el proceso, como base de los postulados elementales que se desprenden de las relaciones humanas.

Según el objeto y la forma del proceso, se ha previsto un rigorismo formal que en muchas ocasiones ha privado de justas reclamaciones, o ha limitado los medios de impugnación, o las intervenciones de las partes, como el derecho a la réplica y a la dúplica. Si bien el derecho escrito conlleva a establecer que el Derecho Procesal es también un derecho material, porque como sostiene el Ilustre profesor Dr. Alfonso Troya Cevallos,

“...creemos útil anotar que el Derecho Procesal Positivo contiene una considerable cantidad de normas meramente formales, v. gr. duración de términos, manera de computarlos, pero también se compone de otras que emanan del derecho natural, como el derecho de acción y el de oposición del demandado, en ejercicio del derecho de defensa; el de probar los hechos afirmados, etc. de donde se infiere que contiene reglas de mero procedimiento, pero también otras fundadas en la naturaleza humana, al igual que las contenidas en el CC., y que por razón de estas últimas, el derecho procesal es también derecho material”⁵⁸.

Hemos de concebir cierta limitación del derecho escrito, pues por más objeto que tenga un proceso, como ocurre con un proceso de alimentos, un proceso laboral y en general los procesos sumarios, en que las facultades de las partes se ven mermadas por el objeto del proceso y por las formas preestablecidas, se ha de respetar los principios del proceso, pues por su condición de fuentes generadoras del derecho escrito, no pueden desconocerse por más que su objeto sea de extremada protección.

El interés público procesal.- Es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes que garantiza posibles afecciones a la colectividad en el ejercicio de la jurisdicción. Por su naturaleza, son comunes a todos los grupos o clases de procesos, cuya identidad conlleva su aplicación sin consideración a las peculiaridades de cada proceso en particular o de la rama del derecho material a ser aplicable.

Partiendo de esta definición, y concibiendo el objeto de la jurisdicción, en el cual las relaciones intersubjetivas generadas de una cuestión problemática van a ser dirimidas o juzgadas, según la rama del derecho tutelante, la obediencia limitada al orden normativo no es suficiente para conseguir la armonía social.

El derecho como principio generador de la tutela estatal, la ley como medio y la justicia como fin, no pueden convivir sobre un espacio vacío, porque implicaría que aquella concepción histórica de que la tierra estaba sustentada sobre cuatro elefantes, se mantenga firme sin ellos que son el

⁵⁸ TROYA CEVALLOS, Alfonso, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Quito, Pudeleco Editores S. A., septiembre de 2002, Tomo I, pp. 55 y 56.

soporte, los cimientos o las bases de su estructura, de ahí que la preservación del orden jurídico, no depende sólo de su justicia intrínseca, sino de los mecanismos que sirven para declarar el derecho.

Como anota Miguel Enrique Rojas, el interés público “apunta a mostrar la vigencia práctica del derecho objetivo, el imperio real de la normatividad, con miras a estimular la obediencia espontánea del individuo al régimen y por esa vía garantizar la continuidad de éste”, respondiendo a la “necesidad colectiva de cierto grado de estabilidad en la vida de relación”⁵⁹.

Estos pilares orientadores de la actividad de juzgamiento, que con carácter general supervisan o controlan al órgano jurisdiccional en el ejercicio de su actividad, son de distintas clases como distintos son los elementos estructurales del individuo de la especie humana, algunos de los cuales han sido recogidos por el derecho positivo y elevados a rango constitucional y otros, que fluyen en el entorno del universo humano.

Entre estos tenemos los siguientes:

Los Principios de Contradicción, de igualdad e indefensión.- Es conocido también como principio de audiencia, busca la tutela efectiva del sujeto pasivo del proceso para ser oído y permitírsele su actuación dentro del proceso en defensa de sus derechos e intereses legítimos, obligando al órgano jurisdiccional a no dictar su fallo si antes no se le hubiera permitido al demandado una real oportunidad procesal de alegar, de desacordar o contradecir la pretensión procesal y de practicar los medios demostrativos con los cuales justifique sus alegaciones.

Este principio no es un postulado teórico sujeto a la opinión del juzgador, es un elemento importante en el desarrollo del proceso; por tanto, no puede el juez limitar la actividad probatoria anticipando objetivos errados que estima impertinentes y sustentados en el Art. 116 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, como si los hechos demostrativos fuesen fórmulas matemáticas tangibles; tampoco puede el juez limitar las exposiciones de los abogados en los distintos actos procesales, y particularmente, en las audiencias, pues éstas, constituyen los medios de expresión de los hechos del proceso, de la normas que lo sustentan y las que respaldan sus alegaciones, por tanto, mal puede anticipar las ideas, las estrategias y hasta el espíritu de la defensa; es cierto que el juzgador tiene muchos pleitos que resolver; también es cierto que se ha abusado de este principio para incriminar a su contendor, pero el hecho de que se hayan producido aplicaciones indebidas o que el juez se considere un experto, no le permite limitar las intervenciones profesionales, independientemente del tiempo que se utilice para ellas y de las necesidades y circunstancias del juzgado; el juez sólo dirige las intervenciones de las partes, no priva de ellas.

No puede el juez exigir citas de la jurisprudencia únicamente, mucho menos de normas específicas, porque las alegaciones son eso, expresiones de razón y discernimiento de los hechos y del derecho de las partes “Es un criterio operativo del que se deducen -aunque la deducción no se realice, a veces, con plena conciencia y reflexión- conclusiones legislativas y

⁵⁹ ROJAS GÓMEZ Miguel Enrique, *Teoría del Proceso...*p. 44

jurisprudenciales, plasmadas incluso en auténticas instituciones jurídicas procesales”, pero es eso, eso son las alegaciones, no constituyen fórmulas matemáticas de la norma, no constituyen expresiones literales de códigos, son modos de razonamiento de las pretensiones y defensas y de los pilares sobre los cuales descansan esas alegaciones. El juez debe escuchar con atención, guardar el orden y exigir el respeto a las partes y a los abogados que patrocinan o defienden, y prestar todo el interés, pues a él están dirigidas, y con ellas se busca la convicción del derecho reclamado o negado.

Es una realidad innegable, la ausencia del juez en los actos procesales, pues si bien documentadamente se establece que un acto procesal como la recepción de un testimonio o la práctica de una audiencia o junta de conciliación sea realizado ante el titular del órgano jurisdiccional, todos sabemos que aquel en la generalidad de los casos, no está presente, y por tanto, éstas no pueden producir los mismos efectos en el juzgador que revisa el proceso al momento de resolver, que el escuchar directamente las expresiones de las partes y en particular de los testigos. Este sólo comportamiento sustenta la invalidez procesal y puede ser alegado por las partes durante el desarrollo de la instancia o a través de los recursos.

Algo mucho más grave sucede en la praxis procesal, magistrados que duermen durante la audiencia en estrados o que abandonan la misma para atender sus ocupaciones personales. En otras legislaciones, estos comportamientos conllevan a anular el proceso y la consecuente sanción.

La simulación procesal es una situación de hecho no coincidente con la realidad jurídico procesal, realizada para engañar al propio Estado y a sus ciudadanos con la apariencia de verdad de los actos practicados en el desarrollo del proceso, produciendo la nulidad de los actos procesales en virtud de la eficacia amenazada por un comportamiento aparente.

Este principio abarca la conocida indefensión, que constituye la privación para referirse a las oportunidades de alegación y prueba que la ley otorga a cada parte, lesionando como consecuencia el derecho constitucional de defensa previsto en el Art. 24 regla 10.ª de la Constitución Política de la República; simultáneamente, la falta de motivación de las decisiones, de la competencia del juez, y la admisión de pruebas obtenidas o actuadas con violación de la constitución o la ley, así como la limitación en los interrogatorios a los testigos, peritos y partes, están garantizados por este principio.

El mismo equilibrio en el tratamiento de las partes, conocido como el principio de igualdad, está inmerso en la indefensión, porque implica que al no darse el mismo tratamiento al actor o al demandado, se está menoscabando sus derechos procesales e impidiendo su amplio ejercicio de reclamación o de defensa

“No es igual quien ataca, por así decirlo, que quien en principio, es atacado.

No es igual ni le corresponde en consecuencia, jugar en el proceso igual papel. ¿Cómo no entender la radical diferencia que existe, por ejemplo, entre quien siendo actor o demandante en el orden jurisdiccional civil, tiene en sus manos nada menos que iniciar el proceso, que hacerlo pasar de la potencia al acto, y quien, sólo por voluntad de otro, el actor, *se encontrará demandado*? La expresividad del término “actor” y de la diferencia semántica entre el participio

de presente y de pasado se han de recoger con un pleno acierto y como casi espontánea manifestación de la diversidad”⁶⁰.

Efectivamente, esa igualdad que busca el proceso es una realidad aparente, porque el demandado siempre tendrá sobre sí una pesada carga que soportar, una consecuencia que afrontar, cual en su animus psiqui, influirá para su desarrollo pleno en las facultades de alegar y de probar; es por eso, que el juez, sin menoscabar la condición del actor, permita una mayor amplitud en el ejercicio de la defensa, valore las pruebas que no son las mismas entre las aportadas por el actor y las aportadas por el demandado, pues en muchos casos, el demandante ha planificado su estrategia para adentrarse en un pleito jurídico, ha actuado fríamente, sin presión y tomando el tiempo necesario para incoar la acción, mientras el demandado tiene un lapso limitado y muchas veces hasta inesperado para recurrir en sus alegaciones, por eso algunas legislaciones ampliaron el plazo para contestar la demanda en el juicio ejecutivo de tres a seis y más días porque consideraron que al demandado se le ubicaba en una situación de dificultad porque ese corto tiempo no le permite muchas veces enterarse, trasladarse al lugar del juicio y buscar al abogado que le defienda.

El Derecho Procesal es uno sólo, no existe Derecho Procesal Civil, o Penal, pues siendo normas reguladoras del proceso, normas de aplicación del derecho sustantivo, no podemos concebir una división, el que las normas de aplicación sean orientadas a una determinada rama del derecho, no conlleva a una división frontal, es por eso que, también hemos de tener presente que ese supuesto paralelismo o equivalencia, se muestra más en el derecho de castigar. Es por eso; que aunque la Constitución ha previsto que los delitos por peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, si pueden ser juzgados en ausencia de los acusados (Art. 121.2), por más norma suprema que fuese, no puede ser aplicada, por las siguientes consideraciones:

Porque como hemos referido, los principios procesales están por sobre las normas escritas aunque las mismas tengan rango constitucional. Las normas constitucionales a igual que todo un ordenamiento jurídico, tienen distinta gradación en su ámbito de protección, generando así, la presencia de normas fundamentales y normas simplemente constitucionales. La norma fundamental tiene carácter privilegiado, porque en ella están insitas los presupuestos de conducta y protección humana, se sustentan en los principios universales del derecho, son de aplicación directa e inmediata, mientras las normas constitucionales no fundamentales, sólo tienen carácter primario frente al ordenamiento jurídico, pero no frente a una norma fundamental; es lo que le faltó al maestro de la teoría de la norma. No es lo mismo el derecho a la vida que el derecho a la propiedad y dentro de las mismas normas fundamentales, podemos distinguir grados de protección superiores e inferiores, según la protección natural de la norma, así, el derecho a la libertad, o al debido proceso, por más grado protectorio que ostenten, jamás será igual en grado que el derecho a la vida, como se deja expuesto.

Nosotros concebimos como esencial diferencia, que las normas fundamentales, son normas protectoras de la persona humana; y por tanto,

⁶⁰ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal...*p. 55

son consecuencia de su propia naturaleza y dignidad o de la estructura democrática, por cuya naturaleza, contienen derechos subjetivos, indivisibles que no requieren de una determinación positiva, ni pueden por tanto, depender de la voluntad de la autoridad pública para su distinción, porque la persona, es el individuo de la especie humana, sujeto de derechos; y, ser persona, es ser fin de si mismo, independientemente de cualquier otra concepción”.

De esta diferenciación, llegamos a una clara ubicación del espacio de protección jurídico política del individuo, y al ubicarnos en los derechos civiles prescritos en el Art. 23 que contiene una descripción de algunas de las normas fundamentales, tenemos presente la igualdad ante la ley, que establece el apartado tercero: “Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole”.

Este principio de igualdad, no puede ser alterado por más que se establezca en la propia Constitución, y al haber sido así, la excepción normativa se torna inaplicable.

Tratándose de una norma legal, el juez debe tener presente en su intervención la obligación que prescribe el Art. 274 de la Constitución respecto de la facultad de declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, sería justo que esta facultad no se limitara únicamente a los preceptos jurídicos, sino también a los preceptos constitucionales.

CAPÍTULO II

Los medios de defensa y las excepciones

1. Naturaleza jurídica del derecho de defensa y su distinción de las excepciones.

Los medios de defensa y las excepciones.- Los desacuerdos en el cumplimiento de la norma material, generan las controversias entre particulares y entre éstos y el Estado. Estas contiendas se producen en la contestación a la demanda, que constituye un acto de desacuerdo general de la pretensión procesal, cuya contradicción conlleva a las peticiones de oposición específicas sobre el todo o parte de la reclamación o con la forma de recurrir al órgano jurisdiccional y concluye con la proposición de las excepciones.

El derecho de contradicción permite a toda persona natural o jurídica por el sólo hecho de ser demandada a ser oído en el proceso en igualdad de condiciones, facultades y cargas, persigue que el sujeto pasivo de la relación procesal, pueda gozar de oportunidades en su oposición a la pretensión del actor, desde su iniciación, desarrollo y conclusión del proceso e impugnar las decisiones jurisdiccionales hasta la misma ejecución.

Como sostiene Hernando Davis Echandía “El derecho a proponer defensas contra la demanda o la imputación penal es la manera de ejercitar ese derecho de contradicción, y por ello éste puede identificarse con el derecho de defensa en el sentido general, pero sin que esto signifique que para su existencia se requiera que el demandado o imputado ejercite en realidad sus defensas, porque puede permanecer inactivo y no comparecer siquiera al proceso sin que tal derecho deje de reconocérselo, o resulte vulnerado, si se le da la oportunidad de defensa.”⁶¹

El autor analiza directamente los medios de defensa, pero considera que éstos se contraen a una oposición de la demanda en sentido general; sin embargo, para obtener el impedimento, la modificación o la extinción del derecho reclamado o simplemente la ineficacia del proceso por la falta de cumplimiento de las formas procesales, es necesario que de manera específica se determine, cuál es esta específica razón que sustenta la oposición genérica, para luego puntualizar los instrumentos que acaban con el proceso o que impiden total o parcialmente que el juez conceda el derecho reclamado. El profesor Andrés de la Oliva Santos, al referirse a estos instrumentos conocidos como excepciones que refieren a la forma de las reclamaciones, nos dice que son “aquellas alegaciones en las que el demandado pone de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal, la existencia de algún óbice procesal o la falta de requisitos de algún acto procesal en concreto”⁶². Esto implica que sólo respecto de las formas procesales que producen un efecto jurídico válido, pueden ser de tres clases:

1. Los presupuestos procesales, que constituyen actos necesarios para el ejercicio de la acción o de la admisibilidad de una demanda, son hechos previos que deben cumplirse antes del ejercicio de la acción para

⁶¹ DAVIS ECHANDÍA Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial ABC, 1993, novena edición, T. I, p. 241

⁶² DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho Procesal Civil, El Proceso de Declaración...* p. 264.

producir una relación procesal válida o para acreditar debidamente la pretensión procesal. Consideramos como ejemplo del estudio, la inspección judicial previa para establecer la singularización del predio que va a ser reclamado mediante la acción reivindicatoria y el nombramiento de un curador especial para representar al menor que tiene conflicto de intereses con sus progenitores. En cuanto a la relación procesal, cabe tenerse en cuenta a la competencia, a la legitimación y a los requisitos de la demanda.

2. Los óbices procesales como llama el profesor de la Universidad Complutense, constituyen lo que en doctrina se conoce como “la prejudicialidad”. Éstos son impedimentos del ejercicio de la acción, los que a diferencia de los presupuestos procesales que en la generalidad, sólo permiten la admisibilidad de la demanda y hasta la justificación de la pretensión, en la prejudicialidad, no sólo se busca la admisibilidad de la demanda y mucho menos justificar su pretensión procesal, sino posibilitar el desarrollo del proceso, constituye un obstáculo o una barrera que se debe remover previamente antes del ejercicio de la acción; sin embargo, se debe diferenciar también la prejudicialidad de los requisitos de procedibilidad que refiere el autor, y que son simplemente actos previos que la ley ha previsto, como los siguientes:

2. 1.) Para la materialización del incumplimiento;

2.2.) Para establecer el comportamiento del obligado o imputado en el acto mismo que se le atribuye como sustento de la conducta criminosa o de la fuente de la obligación;

2.3 Para la dictación de un acto cautelar; o,

2.4 Para la propia instrucción del proceso.

En el primer caso, tenemos la norma del Art. 1567 de la Codificación del Código Civil, que contiene tres reglas de procedibilidad, pero que por la naturaleza de este estudio, sólo nos remitimos al plazo.

a.) Cuando ha mediado un plazo, esto implica que el sólo transcurso del tiempo extingue un derecho o permite el ejercicio del derecho, v. gr. La notificación o preaviso del arrendador al arrendatario expresando su voluntad de no renovar el contrato. Se cree que cumplido el plazo contractual y el preaviso oportuno, debe demandarse la terminación del contrato de arrendamiento y la entrega de la cosa arrendada, lo cual no cabe, porque no se debe demandar la terminación de un contrato terminado, sino su entrega.

b.) La resolución del contrato de promesa de compraventa. De forma similar a lo expresado en el literal anterior, se requería al incumplido luego de concluido el plazo, y durante muchos años, los máximos tribunales de justicia desechaban una demanda por la falta de este requisito, pero en la actualidad la jurisprudencia consideró que el sólo transcurso del tiempo permite el ejercicio de la acción, con cuyo criterio respetable discrepamos, por lo siguiente:

La mora es el retardo en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor o el retardo en recibirla por parte del acreedor, esta puede ser absoluta o relativa; es absoluta si el deudor definitivamente no ejecuta su obligación, y es relativa si simplemente retarda el cumplimiento. Planiol y Ripert distinguen entre el retardo y la mora y afirman que el deudor puede estar en retardo sin estar en mora; lo que engendra su responsabilidad no es

el retardo, sino la mora y ésta es siempre la comprobación oficial del retardo, de lo que se concluye que para su existencia, debe mediar requerimiento judicial, que consiste en la súplica que hace el acreedor a un juez para que éste indique el término dentro del cual debe el deudor cumplir su obligación.

Por tratarse de un contrato bilateral en el cual va envuelta la condición resolutoria, su incumplimiento no se produce de modo automático, sino que conforme ha declarado la jurisprudencia española, su derecho queda como en suspenso, la mora queda limitada, el término no expiró aún, pues el requerimiento se halla revestido de una formalidad tan rigurosa. Nuestro derecho civil proviene del derecho francés, que se diferencia del derecho romano, precisamente, porque los glosadores de aquel, consideraron que no podía aceptarse el criterio de una mora automática, sino que ésta debe haberse materializado en el procedimiento judicial o administrativo por parte de la autoridad facultada para ello. La mora temporal como consideran los seguidores del derecho romano al retardo, no da derecho a la resolución del contrato.

Creemos necesario la comprensión de los términos, porque se utiliza con igual sentido a la rescisión y la resolución y demás formas de extinción de una relación jurídica. La nulidad es el vicio trascendente producido en la constitución del acto jurídico, es imprescriptible, insalvable o no convalidable, es por eso que nuestra legislación lo llama “nulidad absoluta”, la que la doctrina francesa lo homologó a la inexistencia del acto, lo cual consideramos equivocado. La rescisión es el vicio convalidable, la nulidad relativa que se produce por la presencia de vicios de menor trascendencia.

La resolución es la pérdida del efecto del acto jurídico desde su nacimiento, el contrato desaparece, queda sin efecto, es como si nunca se hubiese realizado. Se diferencia de la nulidad, porque en ésta su extinción se produce por la presencia de un vicio en la formación, mientras que en la resolución, esta extinción se presenta por la presencia de una cláusula resolutoria, aquella que sobreviene de la falta de cumplimiento o de un acontecimiento previsto pero no querido por las partes. En los contratos de tracto sucesivo, estos son, aquellos cuyos efectos del contrato, comienzan y se desarrollan normalmente, sin que el incumplimiento de una de las partes pueda retrotraerse a su inicio. V. gr. El contrato de arrendamiento, el contrato de trabajo, el contrato de administración o la gestión de negocios; en estos casos, tenemos la terminación del contrato, lo cual conlleva a la extinción de la relación jurídica, desde el momento de su declaración o desde la conclusión de la obra o del plazo convenido.

La resciliación, es la disolución o terminación de un contrato de mutuo acuerdo.

En el segundo supuesto antes descrito, esto es, para establecer el comportamiento del obligado o imputado en el acto mismo que se le atribuye como sustento de la conducta criminal o de la fuente de la obligación, podemos citar la norma del Art. 368 del Código Penal que prescribe: “Será reprimido con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de América, el que dé en pago, o entregue por cualquier concepto a un tercero, y siempre que no constituya otro delito mayor, un cheque o giro, sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no abonase el valor

respectivo, en moneda de curso legal, dentro de veinticuatro horas de habersele hecho saber el protesto en cualquier forma. Con esa norma, se busca materializar el dolo, pues el protesto por falta de fondos, puede ser consecuencia de un débito desconocido por el girador o un equivocado control de sus saldos. En cuanto a la segunda hipótesis, nos remitimos a la estructura del acto generador del derecho, como las solemnidades exigidas en el otorgamiento de un testamento, una donación o una compraventa, actos jurídicos que si no se observan las mismas, no producirán efectos jurídicos.

En tercer lugar, esto es, para la dictación de un acto cautelar, se requieren de varios presupuestos, pero es importante considerar las nuevas garantías procesales, pues los tradicionales procedimientos en la actualidad, con el avance de la tecnología, estas formas generales ya no garantizan el derecho tutelado, v.gr. si se encarga la administración de una empresa de teléfonos o de servicios a una generalidad, no se puede obligar al juez a observar procedimientos caducos que sirvieron y muy bien en épocas anteriores, y se le debe permitir que teniendo en cuenta el sólo peligro, los nuevos códigos prescriban procesos urgentes, medidas de anticipación de tutela y de satisfacción total inmediata.

En cuarto lugar, esto es, ante la falta de requisitos de algún acto procesal en concreto, conlleva a establecer que todos los actos procesales deben observar sus condiciones, pero de manera particular, cada uno de ellos, debe cumplir con las normas específicas previstas, como el auto de admisibilidad de la demanda, la concesión del término de prueba y su desarrollo de los actos probatorios, el acto decisorio que puede ser, sentencia o auto y la interposición de un recurso. Creemos igualmente conveniente aclarar el nomen iuris del acto decisorio, porque se observa una confusión al respecto. Las decisiones de los jueces pueden darse, mediante decretos o providencias, mediante autos y mediante sentencias, éstos, atendiendo a la función procesal que desempeñan, así, actos de iniciación, actos de desarrollo y actos de finalización del proceso.

Las providencias son decisiones de carácter ordenatorio que permiten el desarrollo del proceso, una vez que la demanda ha sido admitida y antes de la decisión final o interlocutoria. Anteriormente se incluía en esta expresión a estas decisiones de mero trámite y a la sentencia, lo cual acarreaba una verdadera confusión. Fue tal esta equivocada utilización que hasta el 20 de diciembre de 1978, con la publicación del decreto 3070, se sentaba una razón actuarial en el siguiente sentido: “*proveyó y firmó la sentencia que antecede ...*”. Hasta hoy, magistrados distinguidos y máximos representantes de la Función Judicial, siguen utilizando a esta terminología indistintamente. El Art. 271 C. P. C. establece: “Decreto es la providencia...”.

Los autos son decisiones que permiten la iniciación del proceso, que resuelven un incidente o que por su trascendencia no tienen simple carácter sustanciatorio, ni alcanzan el grado de la sentencia, como el auto de prueba, el auto de pago y los llamados autos interlocutorios que permiten que el proceso continúe o que sin llegar a la cosa juzgada, resuelven la situación controvertida, como la fijación de una pensión de alimentos.

La sentencia es el típico acto jurisdiccional, como dice Liebman, “aquel en que se expresa de la manera más característica la esencia de la

jurisdictio: el acto de juzgar”⁶³. La sentencia, “Constituye , en síntesis, el acto jurídico procesal por excelencia, en que el juez, luego del examen crítico de los hechos y las consecuencias jurídicas previstas por la ley, pronuncia la decisión sobre el mérito, ya estimatoria, ya desestimatoria.”⁶⁴ Es el acto jurisdiccional de declaración de voluntad, por medio del cual, el Estado, ejercita su potestad declarativa de la existencia o inexistencia de una conducta constitutiva de delito y condena o absuelve al procesado.

Continuando con nuestro estudio, nos remitimos a la demanda, la que no sólo es un acto iniciador del proceso, sino “el acto procesal de parte por el que se ejercita el derecho de acción y se interpone completamente la pretensión”⁶⁵. A esta pretensión de parte, siguiendo el criterio del autor, el demandado puede oponer resistencia para no ser condenado, partiendo de cuatro actitudes concretas que pueden ser:

“a) No hacer nada o, dicho en términos más técnicos, no comparecer: La consecuencia será que el tribunal le declarará en rebeldía.

b) Comparecer pero no contestar a la demanda: Esta actitud puede responder a dos situaciones procedimentales:

1ª) Personación y no contestación sin más: Principalmente para evitar ser declarado rebelde, el demandado puede limitarse a comparecer sin formular la contestación a la demanda (aunque esto ocurre raramente en la práctica).

2ª) Personación y oposición de declinatoria: La ley permite al demandado plantear de modo previo, esto es, antes de la contestación a la demanda, la no concurrencia de los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción y a la competencia de todo tipo, por medio de la declinatoria (art. 63 LEC y lección 2ª).

c) Contestar a la demanda: este es el acto en el que el demandado opone expresamente la verdadera resistencia;...

d) Reconvénir: En el escrito de contestación a la demanda, el demandado puede, además de formular la resistencia, interponer contra el demandante otra pretensión; con esta actitud se sale de la mera resistencia, por lo que se incoa un nuevo proceso que se resolverá en el mismo procedimiento.”⁶⁶

Creemos que existen instituciones que deben aclararse: En primer lugar, no es lo mismo la rebeldía que la contumacia. La rebeldía es la no comparecencia a un determinado acto procesal, habiendo comparecido a juicio; la no comparecencia al proceso, es la contumacia. Liebman nos ilustra:

“...Contumaz es, más propiamente, la parte que no se ha constituido en el proceso, esto es, aquella que no ha proveído a legitimar a su defensor(o se ha personado en tal calidad, en los casos consentidos) ante el juez de la causa. Una vez constituida, la parte es considerada presente en el proceso en cuanto a todo aquel grado del juicio y puede cumplir, por medio del

⁶³ LIEBMAN Emrico Tulio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, P. 181

⁶⁴ Areal- Fenochietto, cita FALCÓN Enrique, *Manual de Derecho Procesal* p. 468

⁶⁵ MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional II*, Valencia España, Editorial Tirant Loblanck, , 2002, p. 181

⁶⁶ MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional II* ...p. 202.

procurador, todas las actividades procesales que le corresponde(...); pero puede también permanecer inerte o, en absoluto, estar ausente(...) de una o de más actividades o también de todas, sin que por ello se convierta en contumaz. Por eso deben considerarse como netamente distintas, como esencialmente diversas, la situación de parte contumaz y la situación de la parte que, después de constituida, no comparece a una o varias actividades del proceso...”⁶⁷

Enrique Falcón complementa el estudio: “La doctrina nacional y el CPCCN, en general, usan la palabra “rebeldía” para todos los casos. Sin embargo, debemos distinguir. Cuando el demandado, debidamente citado, no se apersona al tribunal hay “contumacia”. Cuando el demandado se apersona al tribunal, pero no contesta la demanda, hay “rebeldía”.”⁶⁸

En uno o más de los cuatro supuestos expresados por el magistrado español, puede encontrarse el demandado, pero la posición que nos interesa se contrae a la tercera situación, esto es, a contestar la demanda, proponer los medios de defensa y las excepciones, para cuyo estudio nos remitimos al mismo autor que nos dice:

“...por excepción debía entenderse todo lo que el demandado pudiera alegar con el fin de no ser condenado, tanto se refiriera a defectos en la relación jurídico procesal por falta de presupuestos o requisitos procesales, como al tema de fondo. De esta manera cuando, estudiando las actitudes del demandado frente a la demanda, se decía que aquel ha excepcionado, las posibilidades de contenido de esta respuesta eran tantas que en realidad era inútil, por carecer de toda precisión (...) la doctrina distinguió entre excepciones procesales y excepciones materiales, de modo que cuando el demandado alega excepciones procesales centra su oposición en la falta de presupuestos y/o requisitos procesales, en lo que nuestros tribunales suelen llamar defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, y tiende a conseguir una resolución meramente procesal en la que no se entre en el fondo del asunto. Con las excepciones materiales el demandado tiende a la desestimación de la pretensión, refiriendo la oposición a su falta de justificación, de correspondencia con el derecho material, en cuanto éste no protege el interés del demandante, aspirando el demandado a una sentencia de fondo absolutoria”⁶⁹.

De estos presupuestos, encontramos cuatro situaciones jurídicas que deben tenerse bien claras:

1. La demanda que contiene tanto la acción como la pretensión, esto es, el impulso judicial y la petición concreta;
2. La contestación del demandado, que es el acto procesal en el que se opone expresamente a la pretensión del actor, pero de una manera general, “oponerse por oponerse”;
3. Los medios de defensa, que se contraen a la resistencia misma, es decir, que mientras la contestación a la demanda es el acto de oposición genérica, los medios de defensa son peticiones de oposición específicas; que coincidiendo con el profesor Montero Aroca, “La contestación como acto es un continente; el contenido es la resistencia y ésta es una declaración petitoria de no condena”⁷⁰; y,

⁶⁷ LIEBMAN Enrico Tulio, *Manual de Derecho Procesal Civil*...p. 374

⁶⁸ FALCÓN Enrique, *Manual de Derecho Procesal*...p. 276

⁶⁹ MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional II* ...pp. 206, 207

⁷⁰ Ob. cit. p. 212

4. Por último, las excepciones, son las razones puntuales, de forma o de fondo que tienden a suspender o mejorar el procedimiento o a destruir el derecho reclamado, concluyendo que, mientras la contestación a la demanda es una actitud genérica del demandado, los medios de defensa son hechos específicos de oposición, las excepciones, constituyen los instrumentos generados de las irregularidades de forma o de las situaciones impeditivas, extintivas o excluyentes que destruyen el derecho del demandante. v.gr. si se demanda la resolución de un contrato de promesa de compraventa, la contestación a la demanda será la oposición a dejar sin efecto el contrato cuya resolución se pide, alegando genéricamente la falta de los requisitos de la demanda o la falta del derecho reclamado; los medios de defensa serán, las razones por las que no se cumplen los presupuestos de la reclamación, como por ejemplo, la inadecuada descripción de los hechos, la inadecuada cuantía, la falta de pago de la tasa judicial, o simplemente oponerse al derecho reclamado porque el demandado si cumplió o si quiso cumplir el contrato, pero no se celebró porque el propio demandante no le proporcionó los documentos para su celebración, como por ejemplo, la autorización de desmembración o la cancelación de un gravamen, la falta de materialización del incumplimiento (requerimiento) o la falta de pago del precio; y, las excepciones serán las puntualizaciones instrumentales que generadas de los medios de defensa, de manera formal, impiden el desarrollo del proceso o rompen la pretensión procesal, como la ilegitimidad de personería o la extinción del derecho, Como se observa, si existe diferencia entre medios de defensa y excepciones, con éstas, se combate en el pleito, aquéllas, sustentan el pleito. Si un país alega invasión de su territorio, declara la guerra, pero si no cuenta con las armas, no podrá defenderse o recuperar su territorio. La diferencia es que en un proceso se comienza con la declaración de guerra, se continúa con las razones de esta declaración bélica y se concluye con las armas específicas que sólo éstas, no la sola razón de oposición, permitirán su triunfo.

2. **Clasificación de las excepciones.** Las excepciones tanto formales, como materiales, pueden clasificarse atendiendo a su finalidad; así: Las excepciones de forma pueden ser de previo y especial pronunciamiento y dilatorias. Las primeras son aquellas que se observan y se deducen antes de la contestación a la demanda o en el mismo acto de la contestación pero con un carácter de impedimento del desarrollo del proceso. V. gr. Si el demandado se entera de la existencia de la demanda en su contra en un juzgado que carece de competencia por la naturaleza privativa del proceso o ante una indebida integración del litis consorcio pasivo, puede concurrir y alegar aquel vicio de forma para conseguir que el juez enmiende previamente el procedimiento y no tenga que esperar a que se practique la citación y mucho menos a que se desarrolle el proceso hasta llegar al estado de resolver.

Lamentablemente, nuestra legislación procesal mantiene la norma del Art. 101 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, que dispone: “Las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda...”. Esta

norma se complementa con la prevista en el Art. 106 de la codificación ibidem, que prescribe: “Las excepciones y la reconvencción se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltos en sentencia”, pero no se advierte que el principio de celeridad elevado a rango constitucional exige que el juez no puede dilatar un proceso sabiendo del vicio que éste trae.

Dado a que la norma ordinaria conmina a la resolución al final del juicio, los jueces centran su actividad en ella y se resisten a admitir excepciones de previo y especial pronunciamiento, siendo su obligación aceptar por mandato del Art. 193 de la Constitución Política que establece: “Las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad en los trámites. El retardo en la administración de justicia, imputable al juez o magistrado, será sancionado por la ley”.

La norma del Art. 192 de la misma ley suprema, establece “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia...”.

El debido proceso, no sólo permite al demandado alegar y demostrar sus alegaciones, sino intervenir en el inicio y desarrollo del proceso y reclamar por su estructura y presupuestos de admisibilidad de una demanda. Como ejemplos latentes de esta situación, nos remitimos a la incompetencia del juez, de cuyo vicio se argumenta, que el demandado tiene dos maneras de alegarla, bien sea por la acción declinatoria o bien por la acción inhibitoria, esto es, ora por la formulación de una excepción dilatoria al contestar la demanda para resolverlo en sentencia, ora mediante la concurrencia ante el juez de su fuero para que sea éste quien la reclame. Al respecto, conviene preguntarnos: ¿Es necesario este desperdicio de energías, costos, etc.? Igual sucede con el otro supuesto, cuando no se cuenta con el litis consorcio necesario y se espera a que medie la excepción para pronunciarse en sentencia, como cuando se demanda la declaración de un acto colusorio en un contrato de compraventa de un inmueble sin contar con el Notario.

Las excepciones dilatorias per se, son aquellas que tienden a invalidar el proceso para conseguir que la pretensión procesal sea reclamada en un proceso válido. Se diferencian de las excepciones previas porque en éstas si requiere una demostración del vicio, en aquellas, la situación alegada es confusa, no evidente, es por eso que se vuelve forzoso esperar a la sentencia para en ese momento pronunciarse. No sucede así con las excepciones previas, porque su nombre lo advierte, caso contrario, no serían previas, sino simplemente dilatorias, pero parece que esta confusión que consideró como si fuesen de la misma naturaleza y efectos, motivó al legislador a crear así la norma procesal. El autor colombiano Fernando Canosa Torrado nos aclara: “Habíamos dicho que las excepciones previas conforman verdaderos *impedimentos procesales* en virtud a que aluden al procedimiento y no al hecho sustancial en controversia, pero sólo cuando impiden el adelantamiento del proceso, ya que cuando lo terminan constituyen verdaderas excepciones dilatorias de fondo”⁷¹

⁷¹ CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones previas y los impedimentos procesales*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1994, p. 25

En la Codificación del Código de Procedimiento Civil del 10 de abril de 1938, en el Art. 102 decía: “Las excepciones perentorias se deducirán en la contestación a la demanda.”. Ésta norma parece que dio lugar a crear por homologación el texto del actual Art. 101.

Según José de Vicente y Caravantes,

“Las excepciones dilatorias son, como indica el verbo latino *differre* de que se derivan y que significa dilatar, las que dilatan o difieren el ingreso de la acción en el juicio; pero no la extinguen ni excluyen del todo, por lo que se llaman también temporales (...)

Las excepciones dilatorias se refieren ya á la persona del juez ó a la del demandante, ó al negocio ó materia de la demanda, ó al modo de pedir o de proponer esta, por creerla defectuosa.⁷²

3.Las excepciones de previa resolución en el proceso oral y su diferencia con el proceso escrito.- Estas excepciones previas en el proceso oral son más evidentes, porque este proceso se caracteriza por la inmediación en la cual se practican todas las pruebas e inmediatamente de concluidas las mismas, culmina con la resolución del órgano jurisdiccional.

Partiendo de esta naturaleza, el legislador consideró que un proceso oral debe tener como fundamento su validez, pues a diferencia del proceso escrito, que permite una acumulación de los actos procesales realizados de forma cronológica y sucesiva, en éste es imposible aquello por la característica de la inmediación e identidad del juez. Como ejemplo inmediato tenemos la reforma al Código del Trabajo realizada mediante la ley 2003-13, publicada en el R. O. 1146 del 13 de agosto de 2003 en cuyo Art. 584.1 permitía que el demandado en la audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, formule excepciones dilatorias y el juez debía decidir “en primer lugar sobre ellas”, pero, ante las alegaciones de las partes que creyeron que el ejercicio del derecho de impugnación, dilataba más el proceso porque al conceder el recurso de apelación de las formas y luego el recurso sobre el fondo, se generaban dos procesos que daban como resultado un efecto negativo para el demandante, se reformó esta norma y con ello la supresión del texto “...y de formular excepciones dilatorias como las de incompetencia del juez e ilegitimidad de personería el juez decidirá sobre ellas”⁷³

Igual sucedió con la reforma del entonces Código de Procedimiento Civil, que tuvo lugar con el Decreto Supremo No. 3070, publicada en el R. O. 735 del 20 de diciembre de 1978, con la cual, se eliminó el proceso depuratorio que regía para el juicio ordinario, en el que se proponían a igual que hoy conjuntamente las excepciones dilatorias y las perentorias, pero, si las excepciones dilatorias versaban sobre hechos que debían justificarse, el juez concedía un término de prueba de seis días y concluido éste resolvía sin observar ninguna solemnidad.

En la Codificación del Código de Procedimiento Civil realizado por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional de fecha 26 de abril de 2005, R. O-S.58 de 12 de julio de 2005 en su Art. 399 establece: “Si la litis se hubiere trabado sobre cuestiones de puro derecho, el juez

⁷² CARAVANTES José de Vicente, *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil...*p. 108

⁷³ Ley 2004-43-R.O. 404-23 agosto 2004.

pedirá autos y dictará sentencia”, esto implica que si no ha mediado excepciones perentorias que deben ser justificadas, el proceso no requiere de una sustanciación ordinaria.

Qué significa de puro derecho. Puro derecho significa que la discusión es eminentemente de carácter legal, es decir, que sólo está sujeto a una interpretación del juez y no a un hecho que medie justificación. Si se demanda el pago de una deuda y el demandado reconoce la misma pero no admite el pago de los intereses, el actor puede en conformidad con el Art. 1608 de la Codificación del Código Civil pedir que se le entregue el capital consignado y discutir sobre la procedencia del pago de intereses.

Esta controversia puede ser materia de justificación o simplemente de puro derecho, como cuando el demandado en juicio ejecutivo alega que no debe intereses porque los cheques que mensualmente debían entregarse para la extinción de obligaciones periódicas estuvieron listos en su oficina donde debió realizarse el pago y que no fueron retirados por el acreedor.

¿Qué debe probarse?, a nuestro parecer, nada, pues sólo debe el juez considerar si cabe o no la alegación del deudor, como al respecto considera la doctrina, que el sólo hecho de que el dinero que debía percibir el acreedor estuvo en la cuenta bancaria del deudor, le permite a éste tener una mejor calificación bancaria y con ello ser sujeto de crédito y obtener otros beneficios de la banca por esa calificación, mientras al acreedor no sólo que le afecta el no contar con esos valores, sino que también su calificación bancaria no será igual que si hubiese mantenido esos valores que los tuvo el deudor.

Como se observa de la norma en estudio, si caben procedimientos distintos cuando los medios de defensa y las excepciones tienden a una situación procesal diferente del procedimiento común; por tanto, creemos que también cabe que el juez observando la condición previa alegada, si puede resolver de forma inmediata para depurar el proceso sin esperar al estado de sentencia.

El principio de la doble instancia, sólo refiere a las cuestiones de fondo, no a las formas procesales, pero lo más importante, es que el derecho autónomo de impugnación sólo cabe de la sentencia o del auto interlocutorio en el proceso o etapa escrita del proceso oral, así tenemos que el recurso de nulidad en materia penal, sólo cabe del auto de sobreseimiento o del de llamamiento a juicio y de la sentencia en la etapa oral o de juicio. Si esto es así, ¿por qué se consideró que debía mediar el derecho de impugnación en cuestiones de forma como un derecho autónomo?, bien podía mantenerse este derecho a igual que sucede en el proceso civil como accesorio al derecho de apelación.

El error que se produce en el legislador, en el juez y en los abogados, es que se confunde su naturaleza, y se pretende homologar términos, hasta instituciones que son de naturaleza distinta. Igual sucede con el error in procedendo en materia de casación penal, que no cabe por que en el proceso penal existe el recurso de nulidad como acción autónoma, cuya depuración ya fue realizada por la Corte de apelaciones, tanto en la etapa escrita, como en la etapa oral. Si fuese procedente este error in procedendo en casación, ¿para que entonces el recurso de nulidad de la sentencia como paso previo a la concesión del recurso?. La legislación argentina que tuvo un

procedimiento igual y que luego suprimió el recurso autónomo cambió su concepción, al respecto vemos como argumenta Jorge R. Moras Mon:

“Esos tribunales de segunda instancia tenían la facultad de expedirse sobre el derecho de fondo aplicable al caso, cuando la resolución impugnada por la apelación se sustentara en lo que el recurrente fundaba, agravado, como su inobservancia o su errónea aplicación. En caso de que el agravio fuera recogido por la Cámara de Apelaciones, se revocaba o se reformaba la resolución adecuándola al derecho que se declaraba aplicable.

Además de ello, esos tribunales de segunda instancia reunían en su función la de custodiar la regular aplicación de las leyes formales (ley de procedimientos), con la facultad de anular en el caso de infracción, tanto el procedimiento como la sentencia, cuando el vicio afectare al uno, o al otro. En los dos casos devolvía el proceso para que se rehiciera con ajuste a derecho.

Ambas facultades están ahora concentradas en el Tribunal de Casación, unificada en el recurso de casación”⁷⁴

José de Vicente y Caravantes manifiesta que: “Las excepciones perentorias, palabra que se deriva del verbo *perimere*, destruir, extinguir, son las que extinguen o excluyen la acción del actor para siempre, y acaban el pleito, aunque sin examinar si está bien ó mal fundada, la acción, ó como dice Febrero, se llaman excepciones perentorias todas aquellas que acaban con el derecho del actor, y que cuando quiera que este le use, pueden oponerse...”⁷⁵

Las excepciones perentorias a su vez se dividen en impeditivas, extintivas o excluyentes y modificatorias, atendiendo al objeto de la defensa. Son impeditivas, porque obstaculizan o se tornan en una barrera que hace imposible el ejercicio del derecho material reclamado. Son extintivas porque eliminan el derecho del actor; y, son modificatorias, porque cambian el quantum o el hecho que se exige.

4.Las causas de nulidad generadas del orden constitucional y su diferencia con las causas previstas en el Derecho Procesal.- La nulidad constituye la sanción de invalidez por la presencia de un vicio o anormalidad en la estructura y desarrollo del proceso. Esta anormalidad procesal se diferencia de otras instituciones que por sus efectos conllevan efectos similares, por las siguientes características:

Se diferencia de la inexistencia, porque el acto procesal si existe, pero con un vicio; y, de la ineficacia, porque, el acto procesal, existiendo formalmente, esto es, sin el vicio establecido en la ley como causa taxativa para su invalidez, sin embargo, una irregularidad de menor trascendencia, le hace perder su efectos procesales.

Se ha pretendido atribuir igual significación a la inexistencia, nulidad e ineficacia que la doctrina trata en el estudio del derecho material, lo cual ha llevado a serios desaciertos, por lo que es necesario tratarlos con mayor detenimiento:

Domenico Barbero, al tratar sobre la teoría del hecho jurídico nos dice: “Llamamos, pues, “hecho jurídico” a *un acontecimiento cualquiera, a una*

⁷⁴ MORAS MOM Jorge, *Manual de Derecho Procesal Penal...*p. 424

⁷⁵ MORAS MOM Jorge, *Manual de Derecho Procesal Penal...* p. 127

*circunstancia a la cual el ordenamiento jurídico vincula el surgimiento de consecuencias jurídicas: el transcurso del tiempo, la muerte de un hombre, un delito, un contrato, etc.”*⁷⁶. Es importante la aclaración que el autor nos hace al respecto:

“a) El atributo de “jurídico” es una calificación del “hecho”, que nosotros le damos *a posteriori*, por cuanto encontramos que de ese hecho derivan consecuencias para el derecho. (...) b) Y, *a posteriori*, es decir, de la *relevancia* que les da el ordenamiento jurídico (relevancia que se encuentra en la *naturaleza de los efectos*), se infiere también, como veremos, la *diversa naturaleza de los hechos* y la clasificación de ellos”⁷⁷

El acto jurídico.- El comportamiento voluntario de un sujeto con el cual se produce esta vicisitud o acontecimiento transforma al hecho jurídico en acto jurídico, al que si se le agrega la intención, produce el negocio jurídico, de tal suerte que, sin esa modificación no habría “hecho”; si éste cambio no produce afección al derecho protector, no habría “hecho jurídico”; sin la voluntariedad, no existe “el acto”; y si esta afección hecha con voluntad no afecta al derecho protector, no se produce el acto jurídico, el que sin el elemento relevante de la intención, impide la existencia del negocio jurídico.

La voluntad constituye la decisión volitiva de hacer o no hacer y la intención es la preordenación de un hecho voluntario de quien lo lleva a cabo para lograr un objetivo.

La inexistencia es la carencia o falta de los presupuestos establecidos por la ley para su nacimiento, cuya carencia conlleva una sanción más amplia que tienen los actos celebrados con omisión de uno de los requisitos fundamentales exigidos para su existencia jurídica, que permite determinar al acto como no realizado, a diferencia de la nulidad que constituye la sanción limitada, firme e influyente establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen y que producen el desconocimiento de sus efectos, pese al nacimiento del acto. Mientras la inexistencia no trasunta la voluntad jurídica, el acto nulo vive pero con un vicio o enfermedad que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado inválido. Para ahondar más en estas diferencias, es pertinente considerar lo siguiente:

- a) La nulidad debe ser declarada, la inexistencia no;
- b) El acto inexistente no produce efecto alguno, el acto nulo en cambio produce todos sus efectos hasta tanto no sea declarado invalidado;
- c) El acto inexistente no puede sanearse por el transcurso del tiempo, el acto nulo cuando su vicio es de menor afectación sí;
- d) El acto inexistente no puede ratificarse por la voluntad de las partes, porque la nada no puede mediante la confirmación devenir en existencia. La nada confirmada continúa siendo la nada;
- e) La nulidad puede alegarse como acción o como excepción, la inexistencia sólo como excepción;

⁷⁶ BARBERO Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América, 1967, p. 332

⁷⁷ BARBERO Domenico, *Sistema del Derecho Privado...* p. 332

- f) El acto nulo es susceptible de conversión, la inexistencia no, porque si éste no existe, no puede transformarse en algo existencial; y.
- g) La gestión, el reconocimiento expreso o tácito y la aceptación de una situación jurídica, no tornan al acto inexistente en acto jurídicamente existente, porque como se aprecia de los demás supuestos, la nada siempre seguirá siendo nada.

De estas diferencias podemos concebir que, por más que se trate de un hecho relevante, si éste no nace a la vida jurídica, no podemos darle la calidad de acto existente con vicio, que es la característica de la nulidad.

La ineficacia es el género y la nulidad la especie, todo lo nulo es ineficaz, pero no todo lo ineficaz es nulo. La ineficacia puede provenir:

- a) De una causa intrínseca, como la falta de un elemento esencial del acto;
- b) De una causa extrínseca, es decir, de un motivo exterior.

La falta del elemento esencial del acto produce la nulidad y como su consecuencia inmediata, la ineficacia. La ineficacia propiamente dicha, se produce por la omisión de formas que sin ser forzosamente esenciales o determinadas, no producen efectos jurídicos pese a que el acto existe y no adolece de un vicio esencial.

5.La celeridad procesal constituye la forma más eficaz del ejercicio jurisdiccional para impedir que los individuos, muchas veces sometidos a coerción personal tengan que soportar procesos interminables que lleven a mecanismos extralegales, como el hacerse justicia por su propia mano o valerse de medios extorsivos.

Carlos Roberto Solórzano Garavito, nos dice:

“Es evidente que el juicio oral garantiza una mayor eficiencia y le da celeridad al proceso penal en la medida que permite un desarrollo más ágil; esto además le da más fortaleza y equilibrio al proceso, ya que conduce a que el proceso termine en un período razonable, lo que además le da credibilidad a la administración de justicia frente a la sociedad que ve que los procesos terminan ágilmente, evitando además que sectores inconformes acudan a mecanismos extralegales para hacerse justicia por su propia mano”⁷⁸.

Esta concepción es aplicable tanto al proceso oral, como al proceso escrito, porque el fin del proceso, en ambos casos, es el servir de instrumento para la actividad jurisdiccional.

El profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Córdoba, Alfredo Vélez Mariconde, al referirse a la celeridad manifiesta:

“Es bien sabido también que el procedimiento oral (necesariamente concentrado: otra consecuencia de la inmediación) produce un resultado favorable a los intereses que el proceso debe tutelar, en orden al tiempo generalmente necesario para su trámite regular: que acelera su marcha; que acorta el camino sin llevarnos por ningún atajo peligroso, como sería una brevedad a costa de la defensa; que acerca, en caso de condena, la sanción al delito, para hacer más eficaz la defensa jurídica de la sociedad; que, en caso de absolución, aminora el daño que el proceso causa a los individuos, muchas veces sometidos a coerción personal.

⁷⁸ SOLÓRZANO GARAVITO Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, Bogotá D.C., Ediciones Nueva Jurídica., 2005, p. 73

Este resultado notorio, que hiere el sentimiento popular cuando se produce alguna absolución después de varios años de iniciada una causa, después de una prolongada prisión preventiva del procesado (cuyo padecimiento físico y moral es irreparable), fue uno de los motivos para que el Presidente del Tribunal Superior de Córdoba dijera: “La ventajosa experiencia del C. Pr. Cr. estimuló la recomendación formulada por el Primer Congreso Argentino sobre Oralidad en los Juicios; las causas penales tienen actualmente una rápida sustanciación. Las estadísticas arrojan un promedio de seis meses de duración de la causa, desde la comisión del hecho hasta el veredicto; prueba concluyente de la celeridad de los trámites, frente al sistema escrito de doble instancia en que ese promedio no era menor de dos años”. · ¡Y hablo del promedio!”⁷⁹

¿Por qué esta concepción hoy en día sólo para el proceso oral?; ¿Por qué esta concepción sólo para el proceso penal?. Acaso los derechos patrimoniales, los derechos de familia y las obligaciones, no tienen la misma importancia. ¿Por qué el Estado debe gestar la desigualdad? Tenemos una norma constitucional que garantiza el derecho sin distinción de ninguna naturaleza y ha impuesto el proceso oral, lamentablemente la burocracia legislativa y la supuesta falta de recursos económicos ha desacatado el mandato constitucional. Una justicia lenta no es justicia, en cualquiera de sus ramas y la celeridad debe imponerse en todo proceso, lo cual conlleva no sólo una rápida decisión, sino la eliminación de formas intrascendentes y la concesión de facultades al juez para que pueda advertir y decidir oportunamente, sin que ello conlleve a una anticipación de criterio, pues son las propias partes, a quienes se les está beneficiando con una solución inmediata de algún vicio procesal. Como se deja expresado, las excepciones previas y los actos cautelares modernos, pueden ser el remedio inmediato a tanta congestión de la administración de justicia. El peligro del proceso cautelar puede entenderse en una limitación del juez a convalidar el proceso, inmediatamente de advertido el vicio de procedimiento.

⁷⁹ VÉLEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora SRL, 2da. Reimpresión 1986, T. I. p. 429

CAPÍTULO III

Estudio individual de las excepciones

Ilegitimidad de personería: La ilegitimidad de personería consiste en la falta o insuficiencia de poder. Esta situación se deriva de la falta de legitimación, bien sea por el fondo, como por la forma. Jaime Guasp nos ilustra:

“El requisito de la capacidad, en su doble grado de capacidad para ser parte y de capacidad procesal de obrar, resuelve el problema de la aptitud para figurar y actuar como parte en un proceso. Pero, por el mismo sentido de esta exigencia, tal aptitud se refiere a cualquier proceso en general y a ninguno en particular. Para poder figurar y actuar eficazmente como parte, no ya en un proceso cualquiera, sino en uno determinado, no basta con disponer de esta aptitud general, sino que es necesaria una condición más precisa, referida singularmente al litigio de que se trate. Tal condición, que afecta al proceso, no en su dimensión común, sino en lo que tiene de individual y determinado, es la que recibe el nombre de legitimación en causa o legitimación procesal.

Legitimación procesal es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en tal proceso.⁸⁰

El criterio del autor, es importante para distinguir tres situaciones: una primera, que determina que su ilegítima actuación no constituye “un tipo de capacidad sino un requisito de índole más particular y limitada, aunque su falta, igual que la de la capacidad, provoque o deba provocar un mismo resultado, a saber, la repulsa sin entrar en el fondo, de la pretensión que se formula por o frente a quien no está legitimado.”⁸¹. Se trata entonces, de una condición formal que debe observarse siempre para recurrir al órgano jurisdiccional. Fernando Canosa Torrado, afirma que esta falta de aptitud para obrar procesalmente,

“ Se origina en la indebida representación como garantía constitucional que tienen las partes de acudir al proceso en igualdad de condiciones, de manera que cuando es desigual el debate judicial, sea porque el incapaz fue asistido por un representante ilegítimo o porque un mandatario adelantó diligencias sin que exista poder suficiente de representante; eventos estos donde el derecho de defensa se encuentra en desventaja, es decir sin sujeción al principio constitucional del debido proceso...”⁸²

Una segunda situación y de mucha trascendencia es la que distingue la capacidad material con la capacidad formal, la primera la llamada legitimación en la causa (*legitimatío ad causam*), la segunda, la llamada, legitimación procesal (*legitimatío ad processum*) .. Una

⁸⁰ GUASP Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Civitas, primer tomo, cuarta edición, 1998, p. 177

⁸¹ *Ibíd*

⁸² CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones previas y...* p. 68

cosa es no ser titular del derecho reclamado y otra es serlo, pero no poder reclamar sino a través de otra persona, como sucede con los menores, las personas jurídicas y en general con los incapaces. A esto se debe agregar que todos tenemos una capacidad genérica, pero no lo tenemos en ciertos casos específicos. V.gr. la reclamación de una herencia no puede ser realizada por el padre o la madre del menor cuando éstos son simultáneamente herederos o legatarios con su hijo, sino por un curador especial, porque existen intereses contrapuestos.

La tercera situación que nos aclara el profesor español es la terminología utilizada, pues distingue a la capacidad general y la capacidad de goce con la capacidad de ejercicio que nos trae el derecho civil, que si bien “Constituye un paralelo lógico” se debe diferenciar tres elementos que deben integrar la legitimación: a.) una capacidad general que debe tener el sujeto activo, esto es, la facultad para adquirir derechos y contraer obligaciones; b.) la titularidad del derecho reclamado o legitimación en la causa; y, c.) la capacidad de obrar procesalmente. Estos tres elementos se deben tener presentes al momento de recurrir al órgano jurisdiccional, pues si falta el primero, tendremos una falta de legitimación por la carencia de las condiciones generales de idoneidad de actuar que prevé el Código Civil, lo cual acarreará a los restantes elementos, v. gr. Si un interdicto reclama su herencia, la consecuencia será el rechazo por su condición de ineptitud para intervenir en cualquier proceso de modo general; si teniendo esta capacidad genérica, reclama un derecho que no le corresponde, como cuando el abuelo demanda la paternidad del nieto respecto de su presunto progenitor que sólo le está atribuido al hijo, estamos en el segundo elemento; y, si el menor recurre al Juez por medio de su madre, estamos incursos en el tercer elemento.

Lo trascendente de esta inadecuada reclamación es establecer el momento, sus efectos y la facultad del Juez para juzgar este vicio, ante lo cual, consideramos que, siendo el proceso un instrumento de la jurisdicción, este debe descansar sobre tres pilares fundamentales que son el Juez, el sujeto activo y el sujeto pasivo. Si existe una falencia en la estructura, el proceso jamás será válido aunque no haya mediado una excepción o se haya producido la preclusión.

Enrique Falcón al respecto dice:

“La capacidad civil para estar en juicio es otro de los presupuestos procesales, pues sin ella, o sin una representación suficiente, el demandante o demandado no quedan vinculados en el proceso y, en consecuencia, carece de fundamento y de posibilidad de llegar a una sentencia válida. Pero, fenecido el momento oportuno para reclamar respecto de tal presupuesto sin que se haya impetrado, el proceso seguirá su curso, con la virtualidad de que la parte capaz obtendrá una sentencia de ejecución imposible, por ello el juez puede considerarla de oficio antes de entrar en la sentencia. Cuando falta el poder o éste es insuficiente, sucede lo mismo, sin perjuicio de quien, contra quien haya representado en forma in idónea a alguien, se le pueden reclamar daños y perjuicios en otro proceso. Estas circunstancias hacen que este presupuesto pueda ser considerado de oficio antes de dictar sentencia.” (La negrilla y subrayado son míos)⁸³.

⁸³ FALCON Enrique, *Manual de Derecho Procesal...* Pp. 282 y 283

Nuestro Ilustre Magistrado y catedrático imperecedero Dr. Víctor Manuel Peñaherrera nos ilustra:

“Consiste esta excepción dilatoria, como lo dice nuestro artículo, en la capacidad legal de parecer en juicio, o bien en la falta de poder o facultad para representar a otro(...)La legitimidad de personería es, como la competencia de jurisdicción, solemnidad sustancial, cuya omisión produce, no sólo la nulidad del proceso, sino aún la de la sentencia ejecutoriada. Puede, por tanto, ser alegada en cualquier estado de la causa, y el juez debe tomarla en consideración, aún de oficio, siempre que esté en el caso de expedir auto o sentencia.”⁸⁴.

No cabe la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada dictada en el juicio ejecutivo, porque existe la vía ordinaria según el Art. 448 del Código de Procedimiento Civil.

La primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia constante en la G. J. No. 1 de la Serie XVII, p. 64 dice:

“El Tribunal de instancia ha confundido lamentablemente lo que es la ilegitimidad de personería con lo que es la falta de legítimo contradictor o falta de legitimación en la causa (*legitimatío ad causam*), que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial.”⁸⁵.

Una cosa es la falta de personería y otra la ilegitimidad de personería, la primera como se deja anotado, es la carencia de aptitud para ser sujeto de derechos, tanto, para reclamar, como para defenderse en juicio, mientras la segunda implica que teniendo la condición de sujeto de derecho, lo hace por sí mismo sin tener la capacidad de ejercicio o por intermedio de un tercero, que no es su legítimo representante (legal o voluntario), v.gr. una Secretaría de Estado o Ministerio como le denomina la Constitución y el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no tiene personería jurídica, pues sólo es un órgano de la administración pública, como tampoco lo tiene un juzgado o tribunal de manera singular, quien tiene esta aptitud de ser sujeto de derechos es el Estado Ecuatoriano y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, mientras que un menor de edad o una persona jurídica, si son sujetos de derechos, pero no pueden ejercerlos y necesitan que un tercero los represente.

Tratándose de litis consorcio necesario, es decir, de un proceso con pluralidad de partes, pero que forzosamente deben intervenir o tener conocimiento del juicio para que puedan comparecer es preciso tener presente, lo siguiente:

a.) Que si no se cuenta con todos los sujetos vinculados por el derecho material, se produce esta ilegitimidad, así, si se demanda al inquilino y no se cuenta con el tercero quien fue el arrendador, podría producirse un despojo

⁸⁴ PEÑAHERRERA Víctor Manuel, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Quito, Editorial Universitaria, 1960, T. III, pp. 530 y 531

⁸⁵ Gaceta Judicial No. 1 de la Serie XVII, p. 64.

judicial al aceptar la demanda y declarar terminado el contrato en una relación procesal donde sólo están presentes el propietario del inmueble y el arrendatario que recibió la cosa y celebró el contrato con un administrador;

b.) Que la comparecencia en tiempo o la ratificación de una actuación del apoderado insuficiente, validan sus actuaciones.

c.) En materia penal o colusoria, el acusador particular o el demandante en su caso, deben tener el poder suficiente antes de su comparecencia, pues no cabe su ratificación porque la regla 6 del Art. 55 del Código de Procedimiento Penal exige un especialísimo poder, lo cual también se ha de cumplir en los juicios colusorios por tener naturaleza penal.

El fallo referido, citando a Hernando Devis Echandía, nos aclara: “...no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquellos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso”⁸⁶.

Falta de legítimo contradictor.

Esta excepción conlleva un equivocado sujeto pasivo de la relación procesal, pues se diferencia de la excepción anterior, en cuanto a que la aptitud legal de parecer en juicio o la indebida representación del demandado, tienen siempre como sujetos a la verdadera persona de quien reclama o del demandado pero se realizada a través de un tercero que no es quien debe representarlo; mientras la falta de un contradictor legítimo no tiene que ver con esta falta o insuficiencia de poder sino con la falta del derecho material. Como expresa la sentencia en estudio, “...se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (por ejemplo, quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene la legitimación en la causa por el sólo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda)...”⁸⁷. Esta concepción del profesor colombiano tomada para sustentar el fallo referido, es muy importante, porque permite aclarar, que no es presupuesto el hecho de ser el dueño o tener un derecho sobre algo, sino creerse dueño o con derecho a una determinada situación jurídica, porque ello es lo que provoca las denominadas “cuestiones problemáticas” términos del profesor Miguel Enrique Rojas Gómez.

Como dice el Dr. V. M. Peñaherrera, se trata de una excepción perentoria, no es dilatoria, sin embargo, hemos ubicado en este capítulo, por la confusión que existe entre estas dos excepciones, por tanto, se trata de una excepción perentoria extintiva, porque al demostrarse la inexistencia de la situación jurídica del demandado, el juez debe rechazar la demanda a igual que ocurre con la falta de derecho.

⁸⁶ Gaceta Judicial No. 1 de la Serie XVII, p. 64.

⁸⁷ Gaceta Judicial No. 1 de la Serie XVII, p. 64.

Hugo Alsina desglosa a la falta de personalidad, en dos hipótesis: “1º) falta de capacidad procesal en el actor o en el demandado; 2º) insuficiencia de la representación convencional o legal invocada.”⁸⁸

El autor nos aclara que la falta de personería refiere a la carencia “de la aptitud necesaria para actuar en el proceso personalmente” y que este argumento “sólo puede fundarse en la incapacidad de la parte para estar en juicio o en la insuficiencia del mandato, pero nunca la falta de calidad, deviniendo claramente que la condición o calidad como establece el profesor argentino, no se refiere a la ilegitimidad de personería, sino a la falta de legítimo contradictor o a la falta de derecho, en su caso y cita como ejemplos de la improcedencia de la alegación de falta de personalidad, el juicio por cobro de alquileres a quien no es inquilino del actor, la carencia de socio en una sociedad demandada, el endoso del documento después del concurso de acreedores, el hecho de no ser dueño del automóvil que causó el accidente, entre otros.”⁸⁹

La relación procesal se genera de la situación jurídica de las partes en el derecho material, de esto, nace la composición procesal entre actor y opositor o demandado, si no se ha estructurado debidamente la relación procesal, se produce una falencia que impide una sentencia de fondo o de mérito, por que el demandado es el sujeto pasivo del proceso y el único contradictor que va negar lo que el actor afirma y como dice Andrés de la Oliva Santos, es quien va a “resultar afectado por las decisiones jurisdiccionales sobre pretensiones de tutela jurídico-judicial.”⁹⁰

Miguel Fenech, dice:

“El actor tiene libertad para dirigir su demanda “contra”- dice la Ley, mejor “frente”- a quien estime oportuno. (...) Ahora bien, la sentencia como acto esencial de la actividad jurisdiccional decisoria se configura como un deber del juez sometido a normas de derecho público que le impiden decidir sobre el fondo si la persona que debe soportar los efectos de su declaración no ha tenido la oportunidad de defenderse en el curso del proceso, y sólo podrá hacerlo, por regla general, si ha sido demandada oportunamente.”⁹¹

Esta cita es pertinente considerarlo, porque, de esta concepción deviene la confusión de la clase de excepción, porque al demandar a quien no debe o a quien no es el afectado del derecho reclamado, el obligado legítimo no está sujeto al cumplimiento de la sentencia y por tanto, ésta se vuelve inejecutable; pero lo que importa es entender que, si bien el actor está facultado para dirigir su demanda frente a quien estime oportuno, ello no implica que puede ser a cualquiera aunque no tenga vinculación con la obligación reclamada o éste no sea el único.

Indebida integración del litis consorcio.

⁸⁸ ALSINA Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, EDIAR SOC. ANON. EDITORES, 1961, T. III, p. 92

⁸⁹ ALSINA Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*...p. 95

⁹⁰ DE LA OLIVA Andrés, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A. 2001, El proceso de cognición, p. 109

⁹¹ FENECH Miguel, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones S. A 1980, p. 74

Cuando existen varias personas que demandan unitariamente o son varios los demandados, se produce un proceso con pluralidad de partes, cuya acumulación según Hernando Devis Echandía, puede originarse en una afinidad de causas o en su conexión, pero es

“indispensable tener buen cuidado de no confundir el litisconsorcio con la pluralidad de partes en el proceso, pues aquél es la especie y ésta el género; es decir, puede existir pluralidad de partes y no haber litisconsorcio, por ejemplo, porque se trate de un demandante o demandado y un coadyuvante de aquel o de éste.

Por consiguiente, existirá litisconsorcio en tres casos: a) cuando en un proceso hay varias personas como demandantes o demandadas; b) cuando concurren al proceso terceros que reúnen los requisitos indicados; c) cuando existe acumulación de procesos con partes distintas y exista comunidad de pretensiones entre algunas de ellas”⁹².

El mismo autor clasifica al litisconsorcio en necesario u obligatorio y voluntario, facultativo o útil, el que puede ser a su vez originario y sucesivo y éste puede ser, activo, pasivo y mixto; simple y recíproco.

El litisconsorcio necesario impide al juez pronunciarse sobre la pretensión procesal porque su decisión obliga a todos y por tanto, no puede dividirse o fraccionarse la sentencia sólo para obligar o favorecer a uno y liberar o condenar a otros por que se produciría como afirma el ilustre profesor colombiano, “...una legitimación en la causa incompleta, que impedirá sentencia de fondo...”⁹³.

A igual que la anterior excepción, es también una excepción perentoria, pero impeditiva, porque afecta al proceso pero no conlleva a la nulidad. Esta condición puede ser originaria o sucesiva, v.gr. si se demanda la colusión en un contrato de compraventa de inmuebles debe realizarse en contra de los coludientes y del Notario que intervino en el acto formal o la nulidad de un contrato de compraventa en contra del marido forzosamente debe ser demandada la cónyuge por ser parte en los gananciales y por tanto condueña del cincuenta por ciento, ante lo cual, estamos frente a una situación de origen; pero puede suceder que se demande la colusión en la cual intervino una institución del sector público que tenga personería jurídica, como a un Concejo Municipal o el Consejo Provincial y no se cuenta con el Procurador General del Estado, pero luego el juez motu proprio dispone la citación a dicho funcionario estatal o éste comparece al juicio, con lo cual se ha integrado un litisconsorcio de forma sucesiva.

El litis consorcio facultativo se produce por la utilidad o por el principio de economía procesal, cuando la ley o la unidad de la cosa juzgada no obliga y éste puede ser igualmente, inicial o sucesivo, que por regla general tienen una conexión jurídica.

La calidad de simple o recíproco deviene de la vinculación que tengan los sujetos procesales en el derecho material reclamado; v. gr. Si se demanda a todos los obligados en una letra de cambio, éstos están vinculados y si todos se oponen a la demanda y su consecuente pretensión procesal, estamos frente a un litisconsorcio recíproco; pero, si el garante demandado alega beneficio de orden, estamos ante un litisconsorcio simple.

⁹² DAVIS ECHANDÍA Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*...p. 334

⁹³ DAVIS ECHANDÍA Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*...p. 335

Esta alegación y excepción es pertinente en todos los casos de litisconsorcio necesario y procede en el litisconsorcio facultativo cuando existe indebida acumulación de acciones, personas o pretensiones, lo cual deviene de la falta de conexión jurídica.

La calidad de indebida se produce porque no se cuenta con todos los demandados que deben integrar el litisconsorcio necesario u obligatorio o que se incluyen a otros sujetos procesales no vinculados con el derecho material, o se reclaman cosas de distinta naturaleza.

Por ser una excepción perentoria, debe ser alegada expresamente, no puede el juez anular el proceso, salvo que se trate del litisconsorcio necesario en el cual debe intervenir el Procurador General del Estado, por defensa del patrimonio público y mandato de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. La situación se vuelve conflictiva cuando no mediando la excepción perentoria de indebida integración del litisconsorcio pasivo se ha dictado sentencia de mérito y ésta debe ejecutarse, de ahí la confusión de la doctrina y jurisprudencia. Nosotros creemos que pese a la calidad de la excepción, el juez debe inhibirse de emitir pronunciamiento mediante auto si aparece de manifiesto que debió contarse con el otro u otros coligados, porque debe tener presente al momento de calificar la demanda.

Ausencia de jurisdicción.

La jurisdicción es la potestad de juzgar conductas humanas y de dirimir conflictos entre particulares y entre éstos y el Estado. El Estado para el ejercicio de la soberanía, dividió simbólicamente a su potestad en tres poderes, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Esta división creada por Montesquieu para mantener el equilibrio del poder como los conocidos “frenos y contrapesos del poder”, fue perfeccionada y difundida por el ilustre filósofo francés, quien a su vez imitó de la realidad inglesa que ya tenía esta característica a partir de la denominada Carta Magna de 1215, en donde la nobleza al sentir afectado su poder por la extralimitada actuación del Rey “Juan Sin Tierra”, protestó y mantuvo así sus privilegios y exclusividad en la creación de la ley. Nuestra Constitución a raíz de 1998, prefirió la denominación de “Funciones del Estado” por la de “Poderes del Estado”, basada en que el poder es uno sólo y no es materia de división y por tanto, estos tres importantes órganos de la política, ejercían el poder a través de una función o actividad específicamente establecida en la ley suprema. No es el tema de la tesis profundizar este estudio e independientemente de su nomen polítics a la Función Judicial se le atribuye la potestad de juzgamiento, la que se materializa a través de los órganos de la jurisdicción y por éstos, las personas físicas llamadas “jueces”, consecuentemente, todo ciudadano que esté investido de esa facultad, ejerce jurisdicción., por lo que sólo cabría alegar esta falta, cuando quien está juzgando no tiene la calidad de juez, en sus distintos nombres (juez, vocal o miembro de un tribunal, magistrado, ministro juez, árbitro, etc.).

Un criterio novedoso sostiene el profesor Luis Guillermo Acero Gallego, que considera “ que el concepto de jurisdicción no es unívoco, sino que involucra por lo menos dos elementos distintos (...): la jurisdicción

como estructura y la jurisdicción como actividad” El autor en su nota de pie de página pone como ejemplo una realidad académica y nos dice:

“...según una visión jurisdiccionalista, en virtud de la cual se admita que el proceso no es más que un método mediante el cual se desarrolla la función jurisdiccional, sería factible, entre otras cosas, aceptar que en materia judicial debería existir tan sólo un código de procedimiento y un solo proceso.

Igualmente podría aceptarse que la actuación ante un juez de *distinta* jurisdicción no debería generar nulidad, como actualmente se encuentra regulado en el artículo 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, puesto que, en verdad, y no como suelen recitar los alumnos de teoría del proceso, la jurisdicción, al ser una sola, radica en cabeza de todo juez, por lo que la pretendida falta de jurisdicción no existe en la realidad”⁹⁴.

Nosotros compartimos con este criterio y en la cátedra enseñamos esta característica, obviamente, nos parece novedoso la reflexión que hace el profesor colombiano en su “estado de la cuestión”, a la cual también nos adherimos, partiendo de que siendo el Estado quien juzga las conductas y dirime las controversias, por qué la sanción, y mas todavía, la invalidez de un proceso sustanciado y concluido por el mismo Estado, más evidente todavía tratándose de un juez que omitió el sorteo donde existen más de un juez de la misma materia. Estamos de acuerdo en la concepción de que al no dividirse las materias y los casos concretos a conocer un juzgador podría generar el desorden y el clientelismo judicial como sucedía hasta el año 1978 en que se creó la oficina de sorteos basada en la norma constitucional de aquella época que preveía el sorteo de las causas, norma que ya no consta en la Constitución actual. Lo importante es que se ponga en práctica el principio de celeridad y se encuentre otra forma de sanción que no sea la nulidad del proceso por tramitarse y mediar una sentencia ante un juez incompetente, al menos por razón del territorio, de los grados y de las personas. Talvez, se puede invalidar si un juez penal conoce un proceso ordinario sin tener la prórroga de la competencia, mal llamada jurisdicción en nuestro Código Procesal Civil o que un juez civil conozca la comisión de un delito y juzgue esta conducta.

Lo importante del tema es que sólo cuando la calidad de juez no existe, cabe esta excepción, la que puede suceder, por haber dictado una sentencia antes de la posesión del cargo de juez o después de haber sido legalmente subrogado. Muy extrema es la posibilidad de que alguien dicte una sentencia sin ser juez, por ello, debemos cuidar el lenguaje y no alegar esta excepción confundiendo la jurisdicción con la competencia, en la que si se dan estos vicios de aptitud de juzgamiento de una controversia concreta.

Es curiosa la casuística al respecto. Un juez de Inquilinato del cantón Quito, al dictar sentencia equivocó la fecha y en lugar de establecer el año en que fue dictada, lo hizo un año antes, cuando llevada en el ejercicio del cargo apenas unos meses. Aquí si cabe la falta de jurisdicción, obviamente, ya no como excepción, sino como un medio accesorio del recurso de apelación, lo que efectivamente sucedió, dando lugar a que la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, (antes de la especialización) declare la

⁹⁴ ACERO GALLEGOS Luis Guillermo, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, Bogotá, Departamento de publicaciones, Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2004, pp. 29, 30

nulidad a partir de la sentencia. ¿Qué hubiese sucedido si por descuido no se hubiese interpuesto el recurso de alzada?. Consideramos que el acto procesal hubiese sido inexistente. En materia procesal se sostiene que no cabe la inexistencia a diferencia de lo que sucede con el acto jurídico, según opinan Couture, Carlo Carli y Falcón, quienes:

“...consideran que no cabe asignar valor alguno a la inexistencia, debiéndose escindir dicha noción del terreno de las nulidades procesales y su análisis.

No es posible, dice el maestro uruguayo, “hablar de desviación, ya que se trata de algo que ni siquiera ha tenido la aptitud para estar en el camino”.

Al aludir al remanido ejemplo de la doctrina alemana, en el que se conceptúa acto inexistente la sentencia dictada por quien no es juez, dice que es una “no sentencia”. Sobre él nada puede construirse: “no puede ser convalidado, ni requiere ser invalidado”,

Carlo Carli opina que la inexistencia es de dudosa aplicación en el campo del derecho procesal, y trayendo también a colación el ejemplo de la sentencia dictada por quien no es juez, sostiene que no es inexistente, sino un acto procesal nulo.

Maurino, por su parte, en coincidencia con Couture y Carlo Carli, opina que “el acto inexistente está excluido del régimen de las nulidades procesales”, el cual “no tiene categoría de acto, sino que es un *simple hecho*”.

Se sostiene, para fundar esta tesis negatoria, la innecesariedad de crear la categoría de actos inexistentes en virtud de que éstos, en rigor, se confunde con los actos nulos de nulidad absoluta. Sostener que un acto es nulo-*nullum est*- o que él no existe, es la misma cosa⁹⁵.

Esta confusión de los ilustres autores, viene de la concepción francesa, que respecto al acto jurídico, para evitar confusiones entre la nulidad absoluta y la inexistencia, optaron por homologar a estas dos instituciones que tienen naturaleza y efectos totalmente distintos, es por eso que el profesor De Santo, refiere la concepción de Colin y Capitant, en su Tratado de Derecho Civil. Son distintos en su naturaleza, porque el acto jurídico, como el acto procesal, jamás nacieron jurídicamente, mientras que el acto nulo, si nace, pero con un vicio, el primero es la nada, como sostiene la doctrina colombiana, un aborto del acto, mientras que el acto nulo, vive, con una enfermedad que le torna en condiciones de ser declarado judicialmente inválido. Lo absoluto o relativo no tiene trascendencia en materia procesal, porque solo existe la nulidad relativa, toda vez que si no hay perjuicio no hay nulidad y el vicio precisamente con la excepción de la falta de jurisdicción es convalidable.

En cuanto a los efectos igualmente son distintos, pues el acto jurídico como el acto procesal inexistente, no pueden ser reconocidos como tales, ya que la nada no se reconoce, se vive, se siente y se ve abiertamente, mientras el acto nulo, se evidencia, se demuestra, se concibe después de un procedimiento específico y en ocasiones, hasta mediando un proceso de conocimiento, como el caso de la nulidad de sentencia ejecutoriada. El acto nulo conlleva la competencia de un juez para declararla partiendo del principio *pas de nullité sans texte*, que obliga a la prescripción expresa de la

⁹⁵ COUTURE CARLI y FALCÓN, cita DE SANTO Víctor, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2da edición actualizada, 2001, pp. 35,36

ley, pero además de esta específica condición de la taxatividad, debe existir la autoridad y el momento para ser declarado, pues si no existe alguno de estos supuestos, el aparente acto procesal que ha sido emitido, se torna inexistente.

Veamos la casuística ecuatoriana:

Cuando el Presidente de la Corte Suprema de Justicia sin observar la norma del Art. 358, antes 367, del Código de Procedimiento Civil, declaró la nulidad del auto interlocutorio dictado por una de las Salas penales de la Corte Suprema, en el caso conocido como el de “la mochila escolar” en el que estuvo sindicado un ex Presidente de la República, con la integración de la actual Corte Suprema de Justicia, el nuevo Presidente, reconociendo la inexistencia del acto procesal de declaración de nulidad de su antecesor, ejecutó la decisión de la Sala disponiendo la prisión provisional decretada en dicha resolución del superior, entre otras decisiones sustentadas en el referido auto primeramente invalidado y luego considerado inexistente.

En materia electoral cabe considerar el recurso de amparo constitucional concedido por un juez de Guayaquil por la destitución de varios diputados que supuestamente atentaron contra la consulta popular convocada por el Tribunal Supremo Electoral en el año 2007. Similar situación tuvo lugar ante un mismo recurso de amparo concedido por un juez de algún cantón de la provincia de Esmeraldas a favor del mismo ex Presidente de la República que fue sindicado en el caso de “la mochila escolar”. Al contrario de los autores que niegan la tesis de la inexistencia, otros sostienen la total diferencia entre ésta con la nulidad, así tenemos:

“Chioyenda considera de trascendencia distinguir entre ambas nociones, y pone como ejemplos de actos inexistentes una demanda dirigida a un particular, una sentencia dictada por quien no es juez, etc.

Este autor explica, asimismo, que en caso de inexistencia no hay obligación de resolver, contrariamente a lo que ocurre cuando se trata de un acto nulo; y que la inexistencia no hace nacer la litispendencia mientras que la nulidad sí.

Para Rocco es inexistente el acto al que le faltan los elementos mínimos exigidos para existir como acto, poniendo como ejemplo la sentencia que omite la firma del juez.

Alsina también otorga importancia procesal al acto inexistente, por cuanto para privarlo de sus efectos no es menester resolución judicial alguna, mientras que el acto nulo requiere una declaración judicial para evitar “que se produzcan y hacer desaparecer los producidos”.⁹⁶

La naturaleza y el grado de importancia de esta situación procesal, permite y obliga al juez, en el supuesto extremo de que esta ausencia se produzca a declarar la nulidad de oficio.

Incompetencia.

La falta de capacidad legal para conocer una específica controversia, se produce cuando el juez que teniendo jurisdicción, no está facultado para esa función por razón de la materia del pleito, de la situación territorial donde se ha producido el hecho o por los efectos donde la decisión del juez se va a producir, etc., lo que indica que sólo cuando se tiene jurisdicción, se

⁹⁶ DE SANTO Víctor, Nulidades Procesales, ... pp. 36,37

puede hablar de incompetencia. ¿Puede decirse que el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito tiene facultad para dirimir un conflicto de linderos? Jamás, pero no sólo eso, sino que tampoco podría declararse incompetente en el extremo ejemplo planteado, en vista de que el alto funcionario municipal no goza de jurisdicción.

Esta excepción viene a constituirse como una de las más importantes excepciones dilatorias, la que sólo cabe cuando es propuesta por el demandado, pues si el propio juez para integrar la estructura del proceso estima que él no es competente, deja de ser una excepción y pasa a ser un presupuesto procesal.

Dentro de la multiplicidad casuística, citemos dos ejemplos: El abogado que es sustituido en la defensa o el patrocinio. Es presupuesto sine qua non, que para aplicar la norma del Art. 847 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, se debe producir la reclamación durante la sustanciación del juicio, pues si éste ha concluido, ya no cabe el procedimiento especial previsto en la citada norma procesal. También se debe tener presente, que el trámite no es el verbal sumario en cuya sección se encuentra la norma citada, sino el especial previsto en la misma, es por eso que establece un procedimiento y determina un término de prueba, pues si fuese el verbal sumario como así se establece, no requeriría esta explicación. Consideramos que es improcedente el trámite especial cuando el juez ha agotado su facultad por la terminación del juicio. Mayor importancia debemos dar a las demandas que sustentadas en un contrato de prestación del servicio profesional del abogado reclaman el pago de los honorarios mediante una acción autónoma en vista de que para ello, se debe recurrir al juicio ordinario. El procedimiento especial se sustenta en la evidente situación de que el juez que conoce la causa principal está en condiciones de fijar el monto de los honorarios partiendo de un derecho manifiesto por la sola actuación profesional, esto es, la intervención en la causa, la calidad y la cantidad de sus escritos, etc. Sólo en este caso es factible aquella tramitación.

Pese a esta particular situación, creemos igualmente que si es materia de impugnación por la negativa o la inconformidad con el monto, pues si bien la norma ibidem prescribe su inapelabilidad, el derecho de contradicción está garantizado en el Art. 24, numeral 17 de la Constitución y en el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el literal h del número 2 del Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que si bien ambas normas internacionales refieren a cuestiones penales, es obvio que por el principio de igualdad procesal, es aplicable a cuestiones civiles.

El Art. 23 del Código de Procedimiento Penal prescribe: “En caso de desplazamiento de un proceso penal de un fiscal, juez o tribunal a otro, por motivo de competencia, todo lo actuado por el fiscal, juez o tribunal incompetente se agregará al proceso que se sustancie, ante el fiscal, juez o tribunal competente. Mas, los actos procesales practicados por los primeros tendrán plena validez legal, a menos que se encuentren motivos para anularlos.”

Esta norma debe estudiarse desde las siguientes particularidades:

El desplazamiento implica el movimiento o traslado que realiza el proceso penal a consecuencia de la incompetencia territorial declarada para

que éste continúe sustanciándose ante otro órgano jurisdiccional que se considera el facultado para ello. Esta sui géneris norma procesal, sólo cabe cuando la incompetencia territorial deviene dentro de una misma provincia, pues no puede producirse entre distintas provincias, porque en el evento de una apelación, no puede la Corte Superior de una provincia, confirmar, reformar o revocar la decisión de un juez de otra provincia.

La competencia como se deja indicado, sólo cabe si la autoridad goza de jurisdicción, por tanto, no puede advertirse esta capacidad a un fiscal, en vista de que este funcionario de tanta importancia en el proceso penal, siendo el representante de la sociedad para efectos de investigación y ejercicio de la acción penal por un delito de acción pública, no tiene jurisdicción. Al respecto el Dr. Jorge Zavala Baquerizo expresa:

“Pero es evidente que la causa de nulidad comprendida en el No. 1 del art. 330 hace especial referencia a la incompetencia del “juez o tribunal”, es decir, que no hace alusión alguna al fiscal que, de acuerdo con la inconstitucional disposición del CPP vigente, es un funcionario que inicia la primera etapa del proceso penal cual es la instrucción fiscal (...). Sin embargo, como sabemos, el ministerio público surge como funcionario extra-judicial que no sólo inicia el proceso penal sino que sustancia íntegramente dicha etapa, sin que en ninguna parte de la CPR o del CPP se conceda competencia penal al agente fiscal que es un empleado administrativo del mencionado Ministerio Público. Ahora bien, si un fiscal actuando, por ejemplo, fuera del territorio que comprende su distrito administrativo, inicia un proceso penal, la parte procesal no puede interponer el recurso de nulidad de tal proceso por incompetencia del fiscal por cuanto la ley de procedimiento penal en el artículo que estamos comentando sólo concede a las partes procesales el derecho de interponer el recurso de nulidad cuando “el juez o tribunal penal hubieren actuado sin competencia”, sin que mencione a los fiscales que actúan fuera de su ámbito territorial, o en un proceso que no admite la intervención del fiscal”⁹⁷

Lo importante de esta excepción son los efectos, pues se debe tener presente lo siguiente:

Si se declara la nulidad desde antes de la citación con la demanda, el tiempo para la prescripción no se interrumpe, porque jamás se procedió a la citación que al tenor del Art. 97.2 lo interrumpe; y si se declara la nulidad a partir de la citación, el tiempo transcurrido no se cuenta para tal efecto.

Si se acepta una excepción dilatoria y con ello se desecha la demanda, el efecto es el mismo, porque los actos procesales realizados carecen de valor.

Primacía de la pretensión procesal.

Como se consideró en el capítulo primero, quien concurre a plantear una cuestión o situación problemática concreta en orden a que el juez consiga, provea e imponga una solución jurídica, debe establecer puntualmente, que pide y cómo ha de satisfacer su pretensión el juzgador, pues no puede acumular pretensiones de distinta naturaleza y que sean incompatibles entre sí, por prohibición del Art. 71 CPC. mucho menos que

⁹⁷ ZABALA BAQUERIZO Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Guayaquil-Ecuador, Editorial EDINO, 2007, Tomo IX, pp 340, 341.

requieran diversa sustanciación. Esto implica que pretendiendo dos o más situaciones, debe el actor establecer cuál de las pretensiones excluye a las demás y cuando es posible la alternabilidad que refiere la norma citada. Si se demanda la resolución de un contrato y el pago de los perjuicios, hemos de entender que la pretensión principal será la declaración que deje sin efecto la relación jurídica y su consecuencia será el pago de los perjuicios. No podemos demandar el pago de los perjuicios sin mediar la resolución contractual, porque mientras el vínculo jurídico esté presente, no podrá generar una consecuencia fruto de su rompimiento. Varios casos se han producido al respecto, inclusive uno de ellos, aunque con un tinte y motivos distintos, motivó la destitución de tres magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La primacía de la pretensión procesal no es lo mismo que la acumulación de pretensiones, las que para su procedencia, deben sustanciarse en la misma vía, como cuando se demanda el pago de los daños materiales y morales fruto de una sentencia penal de condena, en la que para la primera, se establece el trámite verbal sumario, mientras que para la reparación del daño moral, éste es el ordinario, por lo que renunciando al primeros, se deben sustanciar las dos pretensiones en la vía ordinaria. Los abogados suelen demandar la reparación del daño moral ante el juez civil y la indemnización del daño material ante el juez penal que dictó la sentencia de condena, lo cual es improcedente porque:

- El daño constituye todo menoscabo material o moral que sufre una persona por un comportamiento antijurídico que le hace responsable *in integrum* al sujeto causante de aquella afección. Este puede ser material o patrimonial y moral.

El primero constituye una pérdida que como consecuencia de un determinado evento se sufre en los bienes y sus expectativas de ganancia. Repercute en las cosas que el sujeto tiene y que pueden ser valubles económicamente; el daño moral, constituye la lesión a intereses espirituales como el dolor, la vergüenza y toda dolorosa sensación experimentada por la víctima de un comportamiento ilícito.

El perjuicio es el detrimento o menoscabo moral o material causado de modo directo o de modo indirecto por una persona o cosa en contra de otra a consecuencia de un hecho generalmente ilícito.

La competencia del órgano jurisdiccional para conocer una acción de daño moral se distingue por lo siguiente:

1. Si el hecho generador del daño está dentro de la responsabilidad civil (injusto civil).
2. Si el hecho generador del daño se adecua a un tipo penal.
3. Si adecuándose a un tipo penal se ha dictado sentencia absolutoria o sobreseimiento; y,
4. Si se ha iniciado un proceso penal y éste ha terminado por los medios anormales previstos en la ley penal (prescripción, abandono, amnistía, indulto, etc.).

En los casos 1, 3 y 4, el Juez competente para conocer la reclamación por daños morales, es el Juez de lo Civil, quien además está en aptitud legal en los casos determinados en el Art. 31.1.b) del Código de Procedimiento Penal.

Cuando el daño se deriva de un hecho no constitutivo de delito y generado por un comportamiento específicamente determinado en el Art. 979 del Código de Procedimiento Civil, la competencia se establecerá según la jerarquía del funcionario que para el caso es de naturaleza civil, previsto en los artículos 980 del Código *ibidem*.

Si el daño es derivado de la comisión de un delito doloso o culposo, el Juez competente es el Presidente del Tribunal Penal que dictó la sentencia condenatoria o el Juez de lo Penal o el Presidente de la respectiva Corte, en los casos de infracciones de acción pública o de acción privada o de fuero, respectivamente.

Si el daño es derivado de la comisión de un delito de tránsito, el Juez competente es el juez de tránsito que dictó la sentencia de primer nivel o el Presidente de la respectiva Corte, en los casos de fuero.

Si la sentencia es absolutoria, el absuelto, tiene acción de daño moral, si ha mediado declaración de temeridad, en cuyo caso, el Juez competente es un Juez de lo Penal o un Presidente del Tribunal Penal distinto de quien declaró la temeridad, según se trate de delitos de acción privada o de acción pública. Igualmente, el Juez competente en los procedimientos de fuero, será el Magistrado alterno correspondiente.

Si la temeridad fue declarada en el auto interlocutorio de sobreseimiento definitivo, el Juez competente es un Juez penal distinto de quien declaró la temeridad.

Para ilustrar esta posición, es preciso tener presente la concepción del Dr. Jorge Zavala Baquerizo, quien al tratar el Art. 17 C. P. P. de 1983, compartiendo la doctrina universal, nos dice:

“Desde el momento en que el inciso final del artículo innumerado que estudiamos afirma que sólo es procedente la demanda si los daños son “resultado próximo” del injusto cometido por el demandado, es obvio que, en el caso de las infracciones penales, el único juez que puede establecer la relación del daño con su causa, es el juez penal, quien debe declarar, en primer lugar, que el delito existió (antecedente próximo) y que el acusado es el responsable penal. Luego, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, en donde se ha estimado la pretensión punitiva y la de resarcimiento de perjuicios, el ofendido debe demandar ante el juez penal que dictó la sentencia condenatoria, la indemnización respectiva por el daño (resultado próximo del delito) causado, el cual debe ser evaluado por el juez de manera prudente, hecho lo cual debe dictar sentencia”.⁹⁸

“Frente a este caso era necesario que se exigiera la prejudicialidad penal como presupuesto necesario para la demanda de la indemnización civil por daños derivados de la comisión de un delito. Y así surgió el mandato legal contenido en el inciso tercero del Art. 17 y el cual complementa la previsión legal de los efectos de la cosa juzgada tanto de las sentencias civiles frente al órgano jurisdiccional penal, como de las sentencias penales frente a los órganos jurisdiccionales civiles”.⁹⁹

“Sin embargo, pese a la claridad del mandato contenido en el Art. 17, inciso tercero, que acabamos de examinar, en la práctica no han faltado quienes insisten en demandar, so pretexto de “daños morales”, por la vía civil, la indemnización de daños y perjuicios derivados de supuestos actos delictuosos, como la injuria, por ejemplo. Pero si bien es condenable que existan abogados que, haciéndose los ignorantes del mandato contenido en

97 ZABALA BAQUERIZO Jorge, *El Proceso Penal*, EDINO, cuarta edición, 1989, T. I, p. 294

⁹⁹ *Idem*, p. 288

el mencionado inciso tercero, concurra ante un juez civil demandando indemnización de perjuicios por supuestos daños derivados de la comisión de delitos, no se puede explicar, y menos justificar, la conducta de los jueces civiles que, conscientemente, actuando en contra de la expresa norma contenida en el susodicho inciso tercero del Art. 17, aceptan las demandas indicadas, cometiendo, en nuestra opinión el delito de prevaricato”¹⁰⁰.

“No existe norma alguna en el texto de las reformas a que venimos aludiendo que exprese cuál es el procedimiento que el afectado con el daño moral debe seguir. Lo único que se encuentra en las predichas reformas es el señalamiento de la naturaleza del acto capaz de provocar el daño (injusto civil, o injusto penal) y determinar quienes son las personas que, como titulares de la indemnización correspondiente, puedan demandar al ofensor. Pero en ninguna parte del C. C., antes o después de las reformas, se determina un procedimiento excepcional, sino que se debe seguir el procedimiento previamente establecido en los respectivos códigos de procedimiento civil, o penal”¹⁰¹.

Las tres Salas de los Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia unificaron temporalmente este criterio en sus distintos fallos, particularmente, ha sido ampliamente estudiado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil del máximo Tribunal de justicia integrada por los Doctores Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Ernesto Albán Gómez, quienes para citar uno de los casos, conciben así en la sentencia de casación dictada en el caso que sigue el Dr. Wagner Iván Viñán Vásquez en contra de la Federación Médica Ecuatoriana y otros profesionales médicos.

“NOVENO: Las pretensiones del actor están encaminadas a que los demandados le paguen indemnizaciones por hechos ilícitos que originaron la responsabilidad civil extracontractual prevista en los artículos 1480, 2241, 2243, 2244, 2247, 2256, 2258 y artículo innumerado agregado a continuación del artículo 2258 del Código Civil, contenidos en el Título XXXIII de los Delitos y Cuasidelitos, Libro Cuarto de dicho Código. Hechos o actos ilícitos son los contrarios a las normas legales o reglamentarias que reúnen los elementos que luego se precisan. Se clasifican en delitos y cuasidelitos. Los primeros son aquellos realizados con malicia, con la intención positiva de cometer el daño. Se subclasifican, a su vez, en delitos civiles y delitos penales. Estos últimos están caracterizados por el hecho de encontrarse tipificados y sancionados por la ley penal. Mientras que los delitos civiles no lo están. Dicho en otra forma, todo hecho o acto ilícito cometido con la intención de realizar el acto contrario a la ley, pero que no está tipificado o sancionado con la ley penal, es delito civil, al tratarse de las pretensiones de resarcimiento por responsabilidad civil extracontractual, la distinción entre delito civil y delito penal es importante para efectos de la competencia y el procedimiento a seguirse en el uno o en el otro supuesto. Tratándose del cobro de indemnizaciones civiles derivadas de un delito penal debe preceder resolución del juez de lo penal, conforme estas reglas establecidas por el Código de Procedimiento Penal. Art. 31.- “Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes: 1.- De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción: a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declara procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, será competente el presidente del tribunal penal que dictó la sentencia condenatoria; b) Si quien reclama la indemnización no propuso la acusación particular, será competente para

¹⁰⁰ Idem, p. 289

¹⁰¹ Idem, p. 294

conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, el juez de lo civil al que le corresponda según las reglas generales; c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde al juez penal que dictó la sentencia; y, d) en los casos de fuero, será competente el presidente de la corte respectiva.- 2.- De los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación particular: a) Si fueren reclamados en un juicio de acción pública, será competente un juez penal diferente de aquel que dictó el auto de sobreseimiento firme; y, b) Si la acusación fue presentada en el juicio de acción privada, será competente un juez penal distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria.- Art. 41.- Efecto de cosa juzgada.- Las sentencias ejecutoriadas en los procesos civiles no producen el efecto de cosa juzgada en lo penal, excepto las que deciden las cuestiones prejudiciales en el artículo anterior. Las sentencias ejecutoriadas en los procesos penales, producen el efecto de cosa juzgada, en lo concerniente al ejercicio de la acción civil, solo cuando declaran que no existe infracción o, cuando existiendo, declaran que el procesado no es culpable de la misma. Por tanto, no podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria ejecutoriada que declare a una persona responsable de la infracción”.- En los cuasidelitos, en cambio, no media intención maliciosa sino culpa. La infracción a la ley no ha sido querida por el agente, sino que ha resultado de una acción o de una omisión llevada a cabo sin tomar todas las diligencias necesarias para evitar el daño.- Las pretensiones del actor de que se le pague indemnizaciones están fundadas en la existencia de responsabilidad civil de los demandados por hechos o actos que los encuadra como ilícitos de naturaleza civil. No pretende, pues, que estas indemnizaciones sean derivadas de un delito penal, esto es, de hechos tipificados y sancionados por la ley penal como delitos. Siendo así, procede reclamarse en forma directa o autónoma por la vía civil, sin que sea necesario que preceda sentencia ejecutoriada del juez de lo penal. En esta virtud, no es admisible la excepción de improcedencia de la acción por no mediar sentencia ejecutoriada en lo penal que atribuya la comisión de un delito.”¹⁰²

Lamentablemente en la actualidad una de las Salas ya no consideró esta situación y parece que se trata de cambiar una concepción que mucho estudio y muchos años de oscuridad debieron transcurrir para ello. Aspiramos que sea sólo su nueva integración fue lo que provocó una superficial decisión. El principio rector de cambiar el criterio de un Tribunal de casación y de similar jerarquía, como el Tribunal Constitucional obliga a motivar lo suficientemente y explicar las razones que conllevan dicho cambio.

Violación de trámite.

Esta excepción sanciona el desvío de proceder del órgano jurisdiccional, siempre que tal desvío influya en la decisión. El trámite en materia civil es igual que la vía, el camino o el procedimiento que debe seguirse para la dirimencia de la contienda, en materia penal, implica un procedimiento específico que la ley ha previsto para el juzgamiento de una conducta constitutiva de delito. Este desvío puede darse en materia civil, cuando debiéndose sustanciar una causa en un proceso de lato conocimiento, se lo hace en un procedimiento restringido, como cuando se demanda la resolución de un contrato que forzosamente debe realizarse en

¹⁰² Gaceta Judicial, No. 12, Serie XVII. Pp. 3733, 3734

juicio ordinario, pero que por el convenio de las partes contratantes se sustancia en la vía verbal sumaria. Nosotros consideramos que la autonomía de la voluntad no abarca un principio de interés general, no permite la limitación del derecho de defensa, la naturaleza del conflicto impide restringir el camino que debe mediar para la solución de este tipo de controversias. En materia penal, tampoco puede dirigir el proceso un juez penal cuando el imputado goza de fuero. El autor colombiano Fernando Canosa Torrado nos ilustra:

“Es así como al consagrarse como motivo de nulidad cuando la demanda se tramite por procedimiento distinto al que corresponda, se puso freno al desorden que reinaba en el Procedimiento Civil; hoy día, el motivo de nulidad por dársele a la demanda un trámite o procedimiento diferente al que corresponde, no puede encontrarse sino en los casos en que, para su acaecimiento procesal, un asunto se somete a un procedimiento que no es el indicado por la ley, como cuando debiéndose seguir el trámite ordinario se encamina por el sendero del abreviado, verbal o del especial, pero no al revés, ya que habría saneamiento de la nulidad cuando el asunto que debía tramitarse por el proceso especial se enderezó por el ordinario y no se produjo la correspondiente adecuación al trámite en la oportunidad debida.

(...)

Lo anterior nos indica, que no hay invalidez cuando se sigue un procedimiento más amplio, que solo afecta la economía procesal en teoría, pues en la práctica los llamados *procesos rápidos* como el verbal, resultan más demorados que el mismo ordinario como ha venido ocurriendo en Colombia con los procesos laborales, por lo dispendioso que viene resultando en nuestro medio el trámite oral propio de los sistemas anglosajones.

(...)

Tampoco hay cambio de procedimiento adecuando dice la jurisprudencia “cuando se omite una etapa del mismo, cuando se altera el orden de los actos procesales que deben cumplirse, cuando se deja de ordenar un traslado, cuando se abre un incidente, cuando se deja de tramitar una tacha de falsedad, etc. , mientras el procedimiento adecuado no sea íntegramente sustituido por otro procedimiento ...entonces no se dará la causal”¹⁰³.

Si no alega oportunamente esta violación, no cabe la excepción ni la irregularidad, porque ha quedado subsanado el procedimiento previsto para el caso.

Convenio arbitral.

Constituye el acuerdo mediante el cual, los contratantes o litigantes, convienen por escrito, separarse de la justicia ordinaria y solucionar sus diferencias que puedan surgir o hayan surgido entre ellos respecto de una situación jurídica contractual o no contractual, ante un tercero, habilitado para proferir fallos en derecho o equidad en base a reglas jurídicas expresamente establecidas, en un proceso rápido, único e inapelable.

Dependiendo del tiempo y el espacio en que se realice el convenio, la denominación varía, por tanto, éste puede ser un convenio o una cláusula compromisoria. Es convenio cuando el compromiso se pacta una vez

¹⁰³ CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones y los impedimentos procesales*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, segunda edición 1995, p. 77

surgido el problema o cuando de forma independiente, esto es, en documento aparte, se estipula la sumisión arbitral.

Es cláusula compromisoria, cuando el acuerdo arbitral integra un contrato. La diferencia radica en que

“...mientras el compromiso alude a controversias ya surgidas (...), la cláusula compromisoria se refiere a todas o a alguna de las diferencias atinentes a un contrato, pero antes de que se presenten las diferencias, o sea que la cláusula compromisoria únicamente puede referirse a un conflicto deducido de un contrato, al paso que el compromiso puede referirse a cualquier tipo de diferencias contractuales o no, siempre y cuando sean transigibles.”¹⁰⁴.

Intencionalmente evitamos la transcripción literal de la cita, porque la doctrina alude a una etapa de la primera instancia, mientras nuestra legislación permite en cualquier momento, siempre que se desista del recurso.

“Ovalle Favela nos dice que el acuerdo previo de las partes-al que suele denominarse genéricamente acuerdo arbitral- puede revestir la forma de una cláusula arbitral, que es una estipulación contenida dentro de un contrato principal, en la cual las partes contratantes manifiestan su voluntad de que , si llega a surgir un conflicto sobre la interpretación o aplicación de un contrato, aquel sea resuelto por medio del arbitraje. En este caso, el acuerdo sólo es una cláusula dentro de un contrato, que se convine antes de que surja el litigio, precisamente para prever su medio de solución. Pero el acuerdo también puede manifestarse a través de un compromiso arbitral, que es un convenio principal que celebran las partes para someter un litigio presente al arbitraje.. En ambos casos, es la voluntad de las partes la que hace posible que el litigio se sujete a la decisión del árbitro; pero una vez celebrada la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral, la sujeción de las partes al arbitraje y al laudo ya no depende de nueva cuenta de su voluntad; después del acuerdo arbitral, la sumisión al arbitraje y al acatamiento del laudo resultan obligatorios para las partes”¹⁰⁵

De estas concepciones podemos destacar dos aspectos importantes: 1. Que el acuerdo debe constar por escrito; y, 2. que la nulidad del contrato, no invalida la cláusula compromisoria, en vista de que ésta sólo es un compromiso que está presente dentro del contrato, pero como un acto jurídico independiente, autónomo, cuya validez, no puede ser afectada por los vicios que pudiesen presentarse en el contrato generador de la situación jurídica a discutirse.

Según la jurisprudencia mexicana, “el árbitro no es un funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se deriva de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la Ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por si misma ejecutiva”¹⁰⁶

La excepción de convenio arbitral conlleva la alegación de un impedimento para que el juez ordinario ordene el archivo del proceso luego de un procedimiento previo previsto para el efecto. No se trata de una acción

¹⁰⁴ CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones y los impedimentos procesales...*p.

65

¹⁰⁵ ENRIQUE LANCASTER-JHONES Carlos Ma., *Manual de Excepciones Civiles...*p. 127

¹⁰⁶ ENRIQUE LANCASTER-JHONES Carlos María, *Manual de Excepciones Civiles...*p.

129

declinatoria, porque su fin no es enviar al juez competente para que éste continúe conociendo, sino de un impedimento para que ningún otro juez lo haga. Tampoco se trata de falta de competencia ni de jurisdicción.

Para la procedencia de esta excepción se requiere que al momento de que el demandado comparezca al juicio, alegue y proponga esta excepción, pues si realiza otros actos procesales que no sean los de alegar la existencia del convenio arbitral y no renunciar al mismo, se entenderá como su renuncia porque la filosofía del arbitraje es impeditiva de la intervención de la justicia ordinaria. La jurisprudencia española sostiene que esta excepción debe proponerse al contestar la demanda, lo cual en nuestro medio no siempre coincide, pues tratándose de un juicio verbal sumario, la contestación a la demanda se realiza en la audiencia de conciliación y antes de ello, inclusive en un proceso ordinario, puede el demandado realizar otros actos procesales distintos de la contestación a la demanda.

El Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece que la excepción de existencia de convenio arbitral debe proponerse al tiempo de proponer las excepciones, pero la doctrina considera que los actos de pasividad de los implicados en el conflicto implican una renuncia al convenio arbitral. Recogiendo este criterio, el Tribunal Supremo de España consideró:

“El arbitraje, una de cuyas notas es la voluntariedad, requiere el compromiso de ambas partes de someterse y colaborar a él, lo que en el presente caso no se ha producido dada la actitud de la apelante- demandada que a requerimiento de la otra parte de fecha 25-10-1990 ofreció como respuesta su silencio. Y tal como prevé el actual art. 11.2 de la Ley que el propio apelante considera aplicable, se tendrá renunciado el arbitraje quedando expedita la vía judicial cuando el demandado realice, después de personado en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la correspondiente excepción...”

“En lo que se refiere a la excepción arbitral, resultando cierto que en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios y Normas de Régimen Interior, que datan de finales de 1963, fecha de construcción y ocupación del edificio, según el art. 43, las cuestiones que puedan surgir entre los interesados, serán resueltas por lado del Letrado Jefe de Asesoría de la Cámara de la Propiedad, con arreglo a la Ley de Arbitraje de 1953, aplicable al supuesto, y al respecto, abundando en las argumentaciones de la sentencia de instancia, es destacar como la jurisprudencia interpretativa sobre la sumisión o compromiso a arbitraje, ha venido estableciendo la necesidad de que las partes en el pacto o convenio, hayan desenvuelto alguna actividad encaminada a la formalización judicial del arbitraje, ello a los efectos de que la cláusula pueda ser opuesta en procedimiento judicial promovido por alguno de los que en su caso la aceptaron y asumieron, lo que en ningún momento consta se haya producido por parte del demandado que opone la excepción, no obstante las reclamaciones extrajudiciales que con carácter previo le fueron formulados; en conclusión y dada la total pasividad al respecto de los implicados en el conflicto y en particular del demandado, no consta que exista procedimiento arbitral impeditivo de entrar en el examen de las cuestiones planteadas, por todo lo cual, se estima correctamente desestimada la defensa de que se trata, lo que coincide con el sentir de la nueva Ley de Arbitraje(artículo 11.1º) cuando se alude a que la cuestión litigiosa se encuentre efectivamente sometida a arbitraje”¹⁰⁷

¹⁰⁷ COBO PLANA Juan José, *Las Excepciones Dilatorias y Perentorias en el Proceso Civil*, Madrid, Editorial Dykinson, 1999, pp. 580 y 581

Esta misma jurisprudencia concluye que “cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción”¹⁰⁸ implica la renuncia al convenio arbitral.

Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales (defecto legal)

Las formas procesales son condiciones de lugar, tiempo y modo en que se han de practicar los actos procesales. La demanda que es el acto de voluntad, a través de la cual se ejercita el derecho de acción y se determina la pretensión del demandante, debe cumplir con todos los presupuestos necesarios para individualizar los hechos generadores del derecho, las norma protectoras y la situación concreta que se pide al órgano jurisdiccional. Pero además, debe ésta revestirse de la envoltura formal que le va a permitir tanto la aceptación a trámite a través del auto de admisibilidad, como la facultad del juzgador para conocer de su reclamación, pues si faltan estos elementos, el sujeto destinatario de la demanda, se verá impedido o limitado en sus facultades de juzgamiento. Nuestra ley procesal convalida el defecto legal de la demanda, partiendo de que el juez previamente ha calificado su procedencia y al haber encontrado alguna oscuridad y incompletud, ha permitido su saneamiento, pero creemos que esto no sucede en la realidad, en vista de que el juez puede equivocar su apreciación inicial pero al momento de resolver el conflicto verse limitado por una equivocada admisión de la misma. El defecto legal se produce cuando no se cumplen o llenen en la demanda los requisitos a que se refiere el artículo 67 del CPC, en cuyo caso, la excepción dilatoria cabe si se produce una verdadera conculcación al derecho de defensa que jerárquicamente está por encima de la norma ordinaria. El Tribunal Supremo de España consideró que este modo de proponer la demanda impide otorgar el carácter de las condiciones necesarias de viabilidad procesal, haciendo ineficaces sus pretensiones.

El defecto legal según la jurisprudencia argentina,

“sólo procede cuando la demanda no se ajusta a los requisitos y solemnidades que la ley prescribe, o cuando no fija con precisión lo que se pide, o cuando la exposición de los hechos no es suficientemente clara(...) La imprecisión o ambigüedad que pueden afectar el derecho constitucional de defensa han sido reconocidos como los justificativos de la excepción de defecto legal o simplemente, cuando la demanda no se ajusta a las solemnidades y requisitos que la ley prescribe, o de igual manera, cuando no fija con precisión lo que se pretende, o cuando la exposición de los hechos no es suficientemente clara, con la salvedad de no extremarse las exigencias al punto de desnaturalizar el proceso. En una palabra, cuando la oscuridad o vicios tengan tal entidad que puedan colocar al interesado en indefensión al impedirle o dificultarle el responde a las pruebas, evitando que se traben una relación litigiosa con demandas defectuosas.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ COBO PLANA Juan José, *Las Excepciones Dilatorias y Perentorias en el Proceso Civil...* p. 586

¹⁰⁹ PEREIRA MARQUEZ Silvina, *Tratado jurisprudencial de las excepciones procesales*, Argentina, Editorial Librería Juris, Santa Fe, septiembre 2005, p107

La jurisprudencia citada, aclara la situación procesal y naturaleza de la excepción, deviniendo que si es posible la aplicación en el Ecuador de esta excepción, porque el derecho de defensa previsto en la regla 10 del Art. 24 de la Constitución, garantiza al demandado para oponerse a toda clase de limitaciones en vista de que “La excepción de defecto legal tiende a preservar el derecho-de raíz constitucional- que tiene el ejecutado de saber exacta y precisamente quién, qué y por qué se lo demanda”¹¹⁰

Nuestra Constitución y las concepciones universales modernas ha desplazado a las normas procesales que tradicionalmente constan en los Códigos de Procedimiento y ha sustituido algunas de ellas, por lo que ya no tenemos que remitirnos a esa taxatividad o limitación forzosa sino a las normas que regulan el debido proceso, de tal suerte que, si produciéndose el defecto legal, el demandado alega la invalidez de la demanda por vicios de forma que le impiden su defensa, el juez tiene que aceptar dicha alegación aunque haya calificado con anterioridad la demanda, porque esta calificación tiene carácter provisional. En materia de casación y en algunos de los recursos de alzada se produce la fase de la admisibilidad del recurso, transcurrida la cual, se advierte el defecto legal y se produce la alegación del recurrido y el órgano jurisdiccional se niega a revisar la calificación aduciendo la firmeza de la decisión. Nosotros creemos que este criterio es equivocado, porque el derecho de defensa no sólo se limita a tomar decisiones, sino también a revisar esas decisiones. La preclusión no rige para el juez, sino para las partes y estos defectos pueden ser alegados en el momento en que se los advierte. No genera el caos ni la incertidumbre, al contrario, permite el juicio justo y la seguridad jurídica.

Indebida acumulación de acciones, cosas, personas y pretensiones.

El derecho de acción no es ilimitado ni puede ser diverso, las cosas reclamadas deben tener vinculación entre sí, las personas que intervienen en un proceso deben encontrarse ligadas con el derecho material reclamado y el *petitum* a de ser concreto sobre la situación derivada de la norma protectora.

Los “...estados de una persona desde un punto de vista de la sentencia que se espera con arreglo a las normas jurídicas”¹¹¹ deben mantener un complejo de expectativas, perspectivas, posibilidades, cargas y liberación de cargas...”¹¹² lo que impide que un sujeto no vinculado por el derecho material, esté involucrado en un proceso cuya norma protectora no le alcance.

El Art. 71 CPC prohíbe en una misma demanda reclamar dos o más pretensiones que sean incompatibles entre sí o que tengan diversa sustanciación, sin embargo, si son compatibles aunque el trámite sea diverso es posible aquello, siempre que las dos se sustancien en la vía de mayor conocimiento. Como anotamos en el estudio de la “primacía de la pretensión procesal” si una acción debe sustanciarse en la vía verbal sumaria y la otra en la vía ordinaria, puede demandarse las dos acciones en la vía ordinaria por ser ésta la de mayor conocimiento, partiendo de que

¹¹⁰ PEREIRA MARQUEZ Silvina, *Tratado jurisprudencial de las excepciones procesales...*p. 108.

¹¹¹ VELEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, ..., T. II, p. 136

¹¹² Ob. Cit. p. 138

“...no hay invalidez cuando se sigue un procedimiento más amplio, que sólo afecta la economía procesal en teoría, pues en la práctica los llamados *procesos rápidos* como el verbal, resultan más demorados que el mismo ordinario...”¹¹³.

Importante esta reflexión del autor colombiano, cuya realidad es idéntica no sólo en nuestro País, sino también en otras legislaciones como en España, dado a que si bien el proceso regula un procedimiento rápido, la falta de juzgados suficientes y la acumulación del trabajo obliga al juez a señalar la audiencia de conciliación o preliminar y luego la audiencia de prueba, definitiva o de juzgamiento luego de muchísimo tiempo después del previsto por la ley procesal. Tenemos el caso de los juzgados de familia que señalan la audiencia de prueba para después de seis meses pese a que el Código de la Niñez y Adolescencia establece que dicho acto procesal se llevará a cabo “no antes de quince ni después de veinte días” (Art. 273 in fine)

Muchas veces la demanda además de la economía procesal, resulta necesario ejercer de forma alternativa o

“...encausar varias pretensiones independientes en una misma demanda (acumulación objetiva), o reunir varios procesos en uno solo para que en él se decidan todas las pretensiones (acumulación subjetiva) . Empero, esta facultad no es omnímoda del demandante, pues está limitada por la incompatibilidad que las varias pretensiones o procesos tengan entre sí...”¹¹⁴.

Lo trascendental de esta acumulación es que si no se alega oportunamente esta irregularidad, “se tendrán por subsanadas”, impidiendo al demandado alegar con posterioridad a la contestación a la demanda, a menos que reforme sus excepciones conforme a la facultad del Art. 104 CPC. No puede ampliar las mismas, por que esta facultad sólo es posible si se trata de una excepción perentoria. Pese a lo dicho, el juez puede inhibirse de resolver si se atenta contra el principio de contradicción o se torna imposible su pronunciamiento.

La acumulación puede darse de tres maneras:

- a) Si en la misma demanda se reclaman dos o más pretensiones. (resolución del contrato y pago de daños y perjuicios)
- b) Si se reclama de forma alternativa. (obligaciones de hacer Art. 1569 C.C.C.)
- c) Si se reforma la demanda.

Sobre esta situación es preciso distinguir lo siguiente:

“En este artículo se destacan dos situaciones: a) cambio de acción, y b) reforma de la acción según el autor Juan Isaac Lovato “cambiar de acción es reemplazarla con otra sustancialmente diversa”; y “reformular la acción es añadir o quitar algo, variar algo accidental o accesorio, sin cambiar la naturaleza de la acción”¹¹⁵.

La reforma o cambio accesorio se produce en cuanto a los sujetos, respecto del objeto; y, en cuanto a la causa. En cuanto a lo sujetos habrá

¹¹³ CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones y los impedimentos procesales...*p. 77.

¹¹⁴ CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones y los impedimentos procesales...*Pp. 73,74

¹¹⁵ Gaceta Judicial No. I, serie XVII, p. 53

cambio cuando se incorporen otros nuevos a la relación procesal o se modifique la situación jurídica de los que actúen como partes.

En cuanto al objeto, el cambio puede consistir tanto en variar la cosa demandada, cuanto, respecto de la pretensión procesal.

En cuanto a la causa, el cambio se produce cuando se invoca un título distinto pero sin que importe diversidad de acciones.¹¹⁶

La modificación puede hacerse antes de contestada la demanda, la reforma antes de la prueba y el cambio de la vía en cualquier momento antes de la sentencia de primera instancia¹¹⁷.

Otra diferencia entre la modificación y la reforma consiste en los límites temporales que la ley determina; sin embargo, la “invocación de “hechos nuevos” no entraña en efecto, la inserción de una nueva pretensión ni la alteración objetiva de la ya interpuesta, sino el aporte de circunstancias fácticas tendientes a confirmar o completar la causa de la pretensión”¹¹⁸.

La ampliación constituye una verdadera alteración objetiva y consecuentemente, una transformación, modificación o reforma, según sea el cambio, esto es, si es sustancial, habrá modificación, y si sólo se refiere a una parte, habrá reforma.- “Así mismo puede suceder que, durante la sustanciación del proceso, se verifique un cambio en la persona del sujeto activo o pasivo de la pretensión”¹¹⁹. Este tipo de modificación, conlleva a la sucesión procesal, la transformación de cualquiera de las partes y la extromisión de una de ellas.

Cuando uno o varios litis consortes se retiran del proceso como consecuencia de un acto de disposición (allanamiento, desistimiento, etc.), desaparece también una o varias de las pretensiones originariamente interpuestas, dando lugar a una reforma por extromisión del sujeto colitigante.

No existe reforma de la demanda si sólo cambia el representante del demandado, porque la pretensión procesal es la misma y está dirigida a la misma persona, sólo que ésta pudo haber cambiado a su representante legal o voluntario. P. ej. Si se demanda a la Empresa Promotores Asociados S. A. por intermedio de Juan, pero ocurre que cuando se cita a la Empresa demandada, el nuevo Gerente General ya no es Juan, sino Pedro, no se produce reforma de la demanda.

Para entender mejor esta situación, analicemos con el siguiente ejemplo:

Un Abogado celebra un contrato de prestación de servicios profesionales con los cónyuges NN. Durante el proceso el Abogado es sustituido en la defensa. Luego de la sentencia, muere uno de los cónyuges y por ello, el profesional demanda en la vía verbal sumaria el pago de los honorarios a los herederos y cónyuge sobreviviente. Ocurre que antes de la demanda se produce dos hechos: los derechohabientes ceden a título oneroso sus acciones y constituyen una compañía limitada, por lo que el

¹¹⁶ ALSINA Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial...T. III, p. 29

¹¹⁷ Gaceta Judicial No. I, serie XVII, p.53.

¹¹⁸ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, T. IV, p. 306

¹¹⁹ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tercera Reimpresión, 1983, T. III, p. 322

Abogado demanda también a dicha Empresa; y, uno de los herederos fallece. Al contestar la demanda, se alega indebida acumulación de personas y pretensiones e indebida integración del litis consorcio pasivo, por lo que el actor, reforma la demanda y pide que se cuente con los herederos del heredero fallecido. Analicemos la situación jurídica:

1.¿Cabe la excepción de indebida integración del litis consorcio pasivo?. Si cabe, porque tiene una causa común y no puede demandarse a una parte de los herederos, siendo así, la falta de citación a los herederos presuntos y desconocidos, no les afectaría en lo más mínimo a aquellos sujetos que ocupan el lugar que tuvo el causante pero que no fueron demandados porque el actor desconoció de su existencia.

2.¿Cabe la excepción de indebida acumulación de personas y pretensiones?. No, porque el juez puede admitir una parte de la reclamación y negar otra, condenar a unos y absolver a otros.

Así las cosas, de acuerdo con el número de posibilidades procesales que se tiene para remediar los defectos formales de la demanda, a los cuales se puede sumar el recurso de reposición que procede cuando se admite la demanda por ese motivo, creemos que el proferimiento del fallo inhibitorio está llamado a desaparecer como modalidad de decidir un proceso, puesto que constituyendo un deber del Juez interpretar la demanda, puede perfectamente dictar sentencia de mérito para decidir una o más súplicas principales sobre las que sea competente, e inhibirse parcialmente en cuanto a las demás, ya que refiriéndose a la *hermeneútica jurídica* a dicho la Corte que “existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo”¹²⁰.

3.¿Existe realmente una reforma a la demanda?. No, porque los herederos ocupan el lugar que dejó el causante, obviamente, que si no se les citó con la demanda, hubo indefensión para ellos y conlleva una violación de la solemnidad más trascendental del debido proceso.

Para completar este tema veamos lo que sucedió con la discusión de que si el Congreso debía autorizar la convocatoria a consulta popular o no. La generalidad sostenía que se puede reformar total o parcialmente y en base de ello, se discutía si cabe o no que el Congreso autorice la misma, ante lo cual se considera:

Mucho se discute sobre si el Congreso Nacional debe o no autorizar previamente para convocar a consulta popular, a fin de que el pueblo ecuatoriano decida, si acepta o no, la instalación de una Asamblea Constituyente.

Todos los argumentos de quienes sostienen la facultad del Congreso, se sustentan en una concepción equivocada de la lingüística, al concebir que: “reformular es cambiar total o parcialmente una cosa”, lo cual es incorrecto, porque, reformar, implica, modificar una cosa con la intención de mejorarlo manteniendo su esencia, es un cambio accesorio en donde se añade o se quita algo o simplemente se varía accidentalmente su contenido; el cambiar significa, sustituir una cosa por otra, “dejar una cosa o situación para tomar otra”, reemplazarla con otra especialmente opuesta. No se reforma totalmente, se cambia o se modifica lo existente, el hecho de que el vulgo y hasta los mismos intelectuales equivoquen su léxico, no conduce a un distinto significado. V. gr. Si a un automóvil se le cambia de color, se

¹²⁰ CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones y los impedimentos procesales...*p.

cambian asientos y demás accesorios, inclusive, el motor y hasta el chasis, éste sigue siendo el mismo, porque físicamente sigue manteniendo su estructura, pese a que sustancialmente haya variado, lo cual, no es lo mismo que deshacerse de aquel y adquirir uno nuevo, distinto, aunque sea de la misma marca.

Esta diferencia es lo que atribuye al Congreso la facultad previa de autorización para la convocatoria a una consulta popular, es decir, si se va a cambiar algunas instituciones de la Constitución, e inclusive, si se le va a modificar sustancialmente, pero siempre manteniendo su estructura actual, el Congreso deberá autorizar la convocatoria, no así, si ésta va a ser derogada para sustituirla por una distinta en contenido y estructura, es decir, expedir una nueva Constitución, no le corresponde al Congreso intervenir.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia cita al autor y con respecto a la alegación formulada por una de las partes, nos ilustra en la sentencia de casación constante en la página 53 de la Gaceta Judicial No.1, serie XVII.

En las etapas de impugnación de las decisiones jurisdiccionales y de los órganos constitucionales, cuando el tribunal de alzada acepta totalmente un recurso, revoca la decisión impugnada y en su lugar, dicta una nueva resolución; cuando acepta parcialmente la impugnación, reforma la decisión.

La concepción de la doctrina clásica italiana, fundamenta esta situación así:

“la jurisprudencia entiende la modificación admitida por la ley no ya como cambio radical de la demanda (*mutatio*), sino como simple *emendatio* de ella; esta última se encontraría siempre que una nueva enunciación de las razones jurídicas no conduzca a cambios de los elementos de hecho, aún cuando la enunciación misma determine la modificación de la *causa petendi*. Serían prohibidas, por consiguiente, no sólo las modificaciones que, al cambiar los hechos, importan una novedad objetiva de la demanda, sino también aquellas que, aun no importando la modificación de la *causa petendi*, determinan una modificación del *petitum*, también en el sentido de una ampliación del mismo. Estas tesis se fundan sobre una concepción no exacta, a mi entender, de los elementos objetivos del poder de acción, ya que el cambio de la *causa petendi*, cuando no se reduzca a una modificación del *nomen juris* por diversa cualificación de los hechos de la causa y en el ámbito del *petitum*, importa la introducción en el proceso de una demanda nueva, de suerte que los esfuerzos de la jurisprudencia de limitar después la admisibilidad de las modificaciones de la demanda en el curso de la instructoria, me parecen no siempre del todo persuasivos.

(...); la palabra “modificación” está usada, por consiguiente, en modo de diferenciar, como decíamos, la denominada *emendatio* de la demanda misma del cambio radical de ella, aún cuando toda modificación de la demanda conduzca en realidad a un cambio aunque sea parcial de ella. Pero es lógico que el legislador no haya querido llegar hasta ese extremo, puesto que de otra manera no habría podido tampoco hablar de “modificación” consentida de la demanda, de las excepciones y de las conclusiones.¹²¹

Litis pendencia.

¹²¹ MICHELI Gian Antonio, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires , Ediciones Jurídicas, Volumen II, , 1970. pp. 55,56

Implica juicio pendiente, esto es, una controversia formal previa cuya consecuencia conllevaría a una distinta resolución sobre una misma pretensión. La jurisprudencia española considera que la litis pendencia constituye un medio de defensa para evitar que

“...sobre un mismo punto sometido con anterioridad a la decisión de otro Tribunal se produzcan, al no ser examinado en el litigio posterior en que la pretensión se actúa, resoluciones contradictorias y sólo cabe proponerlo cuando en juicio de igual naturaleza esté otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión y en los propios términos que la planteada en el pleito en que aquella se deduce, de modo que la sentencia dictada en uno produzca la excepción de cosa juzgada en otro”¹²².

De esto deviene que para su procedencia debe mediar una identidad de causa, de las cosas en litigio y sujetos procesales y para establecer estos presupuestos, se debe estimar una sustancial semejanza, siempre que se haya producido la citación con la demanda, por los siguientes razonamientos:

1. Porque si no ha mediado la citación con la demanda, que constituye un acto de conocimiento para el ejercicio del derecho de defensa, mal se puede pretender aquella identidad. En esencia, nosotros consideramos que para este requisito, debe existir la contestación a la demanda, pues sin este desacuerdo con la pretensión procesal, no se puede establecer un conflicto, mucho menos identificar su objeto o cosa en litigio.
2. Porque el Art. 97.3 CPC determina como uno de los efectos de la citación, “Obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir sus excepciones”

Para establecer el presupuesto de identidad se debe considerar una relación de medio a fin, lo cual implica, que también los asuntos o cuestiones complementarias como sostiene el Tribunal Supremo de España, caben para considerar esta excepción, porque “existe interdependencia entre unos y otros”.

La causa dice el profesor mexicano:

“... es el hecho generador que el actor hace valer en su demanda como fundamento de la acción, o el hecho generador que el demandado invoca en apoyo de sus excepciones. Por tanto, la identidad de la causa no es otra cosa que la identidad de ese hecho generador de la acción o de la excepción. De aquí que *no debe confundirse la causa con las Leyes o fundamentos de derecho que se invoquen, sea por el actor o por el demandado*, como base de la acción o de la excepción, ya que estos fundamentos pueden ser diferentes sin que varíe la causa, *porque ésta no consiste en ellos, sino en el hecho jurídico generador de aquellos*, siendo más evidente que tampoco debe confundirse la causa con los medios de prueba que se invoquen en uno y en otro juicio.”¹²³

Esta explicación nos da la razón en el presupuesto anterior, porque si se dice que la causa no sólo se limita a la acción o a la pretensión, sino también a la excepción, es obvio que debe mediar la contestación a la demanda en cuyo acto procesal se propone las excepciones.

¹²² COBO PLANA Juan José, *Las Excepciones Dilatorias y Perentorias en el Proceso Civil...*p. 592

¹²³ ENRIQUE LANCASTER-JHONES Carlos María, *Manual de Excepciones Civiles...*pp. 53,54

Las cosas en litigio implican tanto la pretensión principal, como la subsidiaria, sucesiva o la alternativa a igual que la reconvención y los medios de defensa.

Los sujetos procesales están más allá de las partes, pues como se dijo en otros capítulos, no sólo se limita al actor y al demandado, sino también a terceros vinculados. Obviamente, no al juez que interviene como sujeto destinatario de la pretensión procesal.

No existe litispendencia “cuando se ejercen acciones diversas, tramitadas en vías diferentes y con base en distintos títulos” y “si el actor desiste de la demanda de uno de esos juicios”¹²⁴

Además de estos requisitos referentes a la litis pendencia por identidad, existe la litispendencia por conexión o litis pendencia impropia que se caracteriza porque existiendo dos procesos distintos sin los requisitos de identidad, la vinculación existente entre ellos puede conllevar a una contradicción. La jurisprudencia argentina más reciente considera al respecto:

“Para que se configure la litispendencia entre dos juicios, es necesario –en principio- la concurrencia de la identidad de sujetos, objeto y causa; pero también puede ocurrir que entre la litis exista tal conexidad que sea necesaria acumularlas para preservar así la contienda de la causa, a pesar de que entre ellas no coincidan las tres causales identitantes. En efecto, la conexidad supone dos procesos distintos, sin que necesariamente se hayan trabado entre las mismas partes, con igual objeto y por la misma causa, pero, presentando tales vinculaciones entre ambos que si los jueces que conocen de ellos dictaren sentencia separadamente podrían resultar contradictorias y, por ende, de ejecución imposible.”¹²⁵

Esta jurisprudencia nos aclara además de la conexión, la diferencia entre una y otra y sus efectos, de la siguiente manera:

“...existen dos clases de litispendencia; mientras la litispendencia por identidad se produce cuando dos juicios son absolutamente iguales en cuanto a las tres identidades clásicas –sujeto, objeto y causa- , la litispendencia por conexidad se da cuando, a pesar que faltan o no coinciden estos tres elementos, la sentencia que se debiera dar en un proceso pudiera hacer cosa juzgada en el otro.

(...)

Si la excepción de litispendencia se funda en la circunstancia de concurrir identidad de partes, causa y objeto, su admisión deja sin efecto el juicio iniciado con posterioridad. Por el contrario, si se funda en la conexidad de la litis, el segundo juicio debe acumularse al primero para su decisión en forma simultánea por el mismo juez.”¹²⁶

Esta diferencia hace que los jueces tengan en cuenta, pues en la práctica sólo admiten la litispendencia por identidad. También se debe agregar a los tres requisitos de la identidad y a la conexión, el hecho de que la demanda anterior haya sido citada, pues como se dijo al estudiar otra de

¹²⁴ ENRIGUE LANCASTER-JHONES Carlos María, *Manual de Excepciones Civiles...* pp.54,55

¹²⁵ PEREIRA MARQUEZ Silvina, *Tratado jurisprudencial de las excepciones procesales...*, pp. 151, 152

¹²⁶ PEREIRA MARQUEZ Silvina, *Tratado jurisprudencial de las excepciones procesales* Pp. 153, 155

las excepciones, la citación (a lo menos) produce efectos procesales y genera la controversia..

También consideramos que esta alegación puede darse en cualquier momento, antes de sentencia y aún de oficio porque atenta a la estructura del proceso.

Inexistencia de la persona del demandado o indebida petición.

Si el actor reclama al demandado el cumplimiento de una presunta obligación que emana de un acto inexistente, se hará valer la excepción perentoria de inexistencia, cuyo estudio ya hicimos referencia al tratar sobre la nulidad, pero esta excepción refiere a la existencia jurídica de las personas, cuyo estudio tiene una identidad de término con la indebida petición, en vista de que puede suceder y así consideró la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia en el caso de la declaración de nulidad de sentencia ejecutoriada propuesta por los herederos de J. M. Lasso M. en contra de P. Toapanta Ch. que demandó el dominio por prescripción extraordinaria adquisitiva a su empleador fallecido aduciendo ser poseedor del predio donde fue trabajador. La situación jurídica se contrae a encausar debidamente la acción en contra de la persona del demandado, pues no es lo mismo la inexistencia jurídica del demandado que la ilegitimidad de personería o la falta del legítimo contradictor, por que el fallecimiento o el no nacimiento a la vida jurídica del demandado, impide determinar el sujeto pasivo del proceso, mientras que en la ilegitimidad de personería como ya se explicó, la persona existe, pero su representante legal o voluntario no está legitimado para su intervención, bien, porque jamás se le otorgó aquella calidad, bien porque la misma tiene una específica facultad y por tanto limitación en su ejercicio. El contradictor igualmente, existe pero éste no está vinculado con el derecho material cuya protección se solicita.

“Se estructura esta causal cuando demanda o se demanda a una persona natural o jurídica inexistente, sea porque desapareció del ámbito jurídico por muerte en el caso de persona física, o por disolución y liquidación de la sociedad, asociación o fundación en tratándose de persona jurídica.

(...)

Refiriéndose a este punto Hernando Morales advierte que “si no se acompaña la prueba de la inexistencia del demandante o del demandado cuando es necesario, el último puede proponer la excepción previa de inexistencia que radica en que el juez no sabe que existían objetos de juzgamiento, y falta por ello el presupuesto procesal capacidad para ser parte”. Agregando a renglón seguido que “si la excepción no se propusiere la sentencia será inhibitoria, aunque el juez de oficio debe decretar la prueba respectiva, precisamente para no dictar sentencia de tal naturaleza. Sin embargo, si demanda o se ha demandado a persona natural supuesta o suplantada, o si la entidad que demanda o es demandada carece de personería jurídica no haya otra solución que la sentencia inhibitoria, porque quien figura como parte carece de capacidad para hacerlo.”¹²⁷

La situación se complica cuando se ha demandado en juicio verbal sumario a una persona jurídica que durante el proceso se fusionó con otra y

¹²⁷ CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones y los impedimentos procesales...*pp. 66, 67

con ello desapareció del mundo jurídico y que por desconocimiento del demandante se llega hasta la sentencia en la cual se condena al pago de la deuda a la persona inexistente. Al respecto, puede suceder lo siguiente:

Si se ejercitó la defensa por parte de la demandada luego inexistente, la nueva empresa asume el pago por ser generado de una obligación y reclamo formal de quien luego va a formar parte de su estructura jurídica, produciéndose así, la sucesión procesal.

Si la firma absorbida no fue citada con la demanda y su fusión se produjo antes de aquel acto de conocimiento, la sentencia se torna ineficaz y sólo puede ejecutarse mediante la acción ejecutiva contra la nueva empresa. No puede ejercer la acción ordinaria posterior porque el título ejecutivo nace en la sentencia declarativa.

Indeterminación de las partes. Falta de capacidad procesal.

La singularización, tanto del actor como del demandado, son presupuestos esenciales de validez del acto procesal y con mayor precaución, el de la demanda, que debe determinar con precisión y claridad, quien es el sujeto activo, cual el titular del derecho material generador del proceso y el sujeto contra quien se dirige la acción

El citado autor, continuando con su explicación sobre la inexistencia del demandante o del demandado nos dice:

“Refiriéndose a la *capacidad para ser parte* dice la Corte que: “resulta de la aptitud para ser sujeto de derecho y obligaciones. Es una consecuencia de la personalidad atribuida a los seres humanos y a los entes morales a quienes la ley concede capacidad jurídica... la carencia de este presupuesto procesal se presenta con frecuencia respecto de las personas jurídicas que obrando como demandantes o como demandados no acreditan su existencia. Si el Juez al examinar los presupuestos procesales no encuentra en el juicio la prueba adecuada de la existencia de la persona jurídica que figura como sujeto del juicio, debe inhibirse de fallar en el fondo del negocio y declarar la carencia de tal presupuesto.”¹²⁸

El profesor De la Oliva Santos puntualiza que:

“Partes del proceso civil no son todos los sujetos que en él intervienen o pueden intervenir y que sean distintos de los miembros del órgano jurisdiccional. Sólo son partes, en principio, el sujeto o los sujetos que pretenden una tutela jurisdiccional y aquél o aquéllos respecto de los cuales o frente a los cuales se pide esta tutela. Pero más precisamente aún, partes son, únicamente, los sujetos a quienes afectará *de forma directa* el pronunciamiento del tribunal, ya conceda o deniegue la tutela pedida, ya establezca que no puede pronunciarse sobre ella en ningún sentido (...)

Aunque claramente se deduce de lo que llevamos dicho en este parágrafo y en otros anteriores, no estará de más afirmar explícitamente la no identidad entre partes del proceso y partes del negocio jurídico o de la relación jurídica (o sujetos de la situación jurídica) que puede hallarse en la base del objeto del proceso. Y esto, no sólo porque cabe que yerre o mienta quien en el proceso, y siendo parte en él, afirma ser parte de una determinada relación jurídica o sujeto de una concreta situación jurídica o atribuye tales cualidades a otra parte procesal,. No se trata, pues,

¹²⁸ CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones y los impedimentos procesales...*pp. 66, 67.

únicamente de que quien en el proceso demanda como acreedor o comprador pueda no serlo en realidad o de que tal vez no sea deudor o vendedor el sujeto traído al proceso en esos conceptos. **La falta de identidad puede derivarse de la no identidad entre el verdadero titular de una acción (la acción afirmada) y el verdadero titular del derecho subjetivo privado que constituye uno de los presupuestos de dicha acción, esto es, la parte de una relación jurídica privada**¹²⁹ (la negrita es mía)

Qué ocurre con la situación jurídica en la que por creer asegurar su pretensión el acreedor de un crédito estipulado en una letra de cambio aceptada por una persona jurídica demanda a ésta y a su representante legal que no es obligado o que el trabajador equivocando la concepción de la solidaridad patronal demanda a la Empresa y al Gerente General que jamás intervino en el despido. Ante esta situación, el juez se ve inducido a error pero termina aceptando parcialmente la demanda y condenado al verdadero obligado.

Litis consorcio necesario.

Esta excepción ya fue materia de estudio, sin embargo, se debe tener presente que, nadie puede ser obligado a litigar, ni sólo, ni unido con otro si no está vinculado a la relación jurídica material. Al respecto el procesalista español nos dice:

“El proceso único con pluralidad de partes es necesario cuando las normas jurídicas conceden legitimación para pretender y/o para resistir, activa y/o pasiva, a varias personas conjunta, no separadamente; en estos casos todas esas personas han de ser demandantes y/o demandadas, pues se trata del ejercicio de una única pretensión que alcanzará satisfacción con un único pronunciamiento.

(...)

El supuesto normal de litis consorcio no precisa de norma expresa, porque su necesidad viene impuesta por la naturaleza de la relación jurídico material respecto de la que se hacen las afirmaciones legitimadoras. Es esa relación la que impone que, en ocasiones, la afirmación de titularidad de una persona sola o la imputación de la obligación a una única persona, no sea suficiente para que el juez pueda entrar a decidir sobre el fondo del asunto”

¹³⁰

Como nos aclara el autor, en un proceso litisconsorcial no necesariamente los sujetos procesales deben intervenir conjuntamente, pues bien pueden actuar por si solos con su respectivo abogado o pueden nombrar un procurador común, si así lo desean y sus intereses no son incompatibles entre sí. Las alegaciones, medios de defensa, excepciones y medios de prueba serán igualmente distintos, pero si se trata de la impugnación, la interposición de un recurso por uno de ellos, produce efecto extensivo respecto de los demás, sin que sea correcto creer que para uno de ellos la decisión causó ejecutoria y para otro no. Esta situación permitió que en el proceso penal se recoja en la norma escrita, lo cual no impide que así se proceda en el campo civil, tanto por la naturaleza del proceso litisconsorcial,

¹²⁹ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho Procesal, El proceso de declaración*, p. 107,109

¹³⁰ MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional II*, Valencia , 11ª Edición, Tiran lo Blanch, 2002, pp 84,85

como por el principio de la igualdad procesal. Reiteramos la vigencia de las normas constitucionales y su supremacía y volvemos a recalcar que ya no sólo debemos remitirnos al Código de Procedimiento Civil.

Postulación indebida.

Los actos de postulación son los petitorios de las partes en el proceso, desde su iniciación con la demanda, hasta su finalización con la sentencia y su posterior ejecución. Éstos constituyen el anillo de la cadena procesal, por tanto, la postulación ha de ser debidamente formulada para que pueda producir sus efectos. La postulación indebida implica una obvia imprudencia en la reclamación, como por ejemplo, si el administrador de un condominio a título personal ha dado en arriendo un local que pertenece a uno de los condóminos, quien luego vende a un tercero y como su nuevo propietario demanda la restitución al inquilino que como medio de defensa alega que a él le arrendó el administrador y a él le viene pagando el canon mensual de forma regular, no puede admitirse la demanda porque se produciría un despojo judicial en vista de que el administrador puede considerarse poseedor del local y al aceptarse la demanda declarando la terminación del contrato de arrendamiento por mora se presentarían dos consecuencias incompatibles:

1. Que el inquilino si pagó los cánones de arrendamiento a quien le considera es su arrendador y por tanto, no se le puede exigir que vuelva a pagar lo pagado. El aforismo “el que paga mal paga dos veces” no es aplicable, porque no ha mediado imprudencia o dolo, pero si notificado con el pedido de pago al nuevo propietario, éste continúa pagando a su anterior arrendador, sabiendo de la novación subjetiva producida, la responsabilidad se desplaza hacia él.
2. Que no puede ordenarse la entrega del local si ante la sentencia definitiva el inquilino entregó el local arrendado a quien él considera su arrendador, tornándose imposible un desalojo respecto de quien fuera inicialmente administrador-arrendador y luego se creyera poseedor, con lo cual, el nuevo propietario debe demandar la reivindicación.

La jurisprudencia argentina nos da la solución:

“Si al contratar, la actora no exigió con un mínimo de diligencia la documentación para saber con quien lo hacía y en qué calidad intervino el “administrador” que suscribió los contratos de locación de servicios y, además, incurrió en la imprudencia de demandar sin individualizar clara y concretamente a quien prestó los servicios de distribución de documentación comercial por más de un año, es claro que incurrió en un proceder de obvia imprudencia. Consecuentemente, es indudable que el gravamen del cual se queja es fruto de una actitud discrecionalmente asumida, lo que torna inadmisibles la pretensión de cobro de facturas dirigida contra el referido administrador y determina la excepción de falta de acción.”¹³¹

La excepción de falta de acción se conoce a la “carencia de legitimación sustancial activa, esto es, en la ausencia de una condición que

¹³¹ PEREIRA MARQUEZ Silvina, *Tratado jurisprudencial de las excepciones procesales*,... pp. 55,56

hace a la “calidad del accionante”, y no a la legitimidad del derecho por él ejercido como titular de una relación jurídica”¹³²

Falta de reclamación administrativa previa o de proceso previo.

Algunos procedimientos no dependen de la voluntad de las partes, sino de la objetiva naturaleza del objeto enjuiciado, como los casos de terminación de un contrato de arrendamiento por vencimiento del plazo, o la típica reclamación administrativa previa al ejercicio de la acción jurisdiccional. Antes de la Ley de Modernización del Estado, era forzoso recurrir al trámite previo ante la autoridad administrativa, lo cual generó que muchas fueran desechadas por falta de este presupuesto procesal. Hoy este procedimiento previo es facultativo. En las acciones restitutorias locativas, es presupuesto la notificación del arrendador haciendo conocer al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato con anticipación de por lo menos noventa días, porque el Art. 33 de la Ley de Inquilinato permite la prórroga de la relación arrendaticia por aun año de forma automática, si no se cumple con este presupuesto de expresión de voluntad. La jurisprudencia española nos da una amplia gama de razones para entender la exigencia que había respecto de la reclamación administrativa previa al ejercicio de la acción, como considerar que esta condición no cumplida produce un defecto subsanable por que la administración “tiene más que suficientemente garantizados sus derechos de defensa –y, lejos de ello ha devenido un requisito que en el caso ahora contemplado, debe ser obviado en aras de la efectividad de la tutela judicial”; su irrelevancia de la misma subsanación y su naturaleza inútil, deviene porque

“la reclamación en vía administrativa, exigencia que tiene como finalidad sustancial la de evitar que el particular o la administración se vean envueltas en un proceso sin haberles dado la posibilidad de evitarlo, y de ello, que dicho instituto ofrezca indudable semejanza con el de la conciliación procesal civil, ya que uno y otro actúan como medio de conocimiento del futuro proceso y en su caso como mecanismo de evitar su iniciación. (...) si en el actual trámite procesal, después de haberse agotado dos instancias, se acogiese el motivo para dar curso a la meritada vía administrativa, se produciría un notorio quebranto para la justicia por las dilaciones que llevaría consigo, lo cual, supondría desconocer el derecho constitucional...”¹³³.

Sin embargo, no considera así en situaciones laborales contra la administración o en interdictos posesorios, porque sostiene que:

“la demanda interdictal entablada en esta litis lo fue contra un Ayuntamiento,...Sin que se haya acreditado la reclamación previa en vía gubernativa, cuya falta se exceptiona por la parte demandada. Y cuya excepción es de aquellas previstas como dilatoria en el art. 533 L.E.C., en este caso en su No. 7, que previene su admisibilidad cuando así lo exijan las leyes. Siendo terminante al respecto la nueva dicción legal contenida en el art. 120 de la L.R.J.A..P. y del P.A.C. al establecer que: la reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública, salvo

¹³² PEREIRA MARQUEZ Silvina, *Tratado jurisprudencial de las excepciones procesales*...P. 53

¹³³ COBO PLANA Juan José, *Las Excepciones dilatorias* ...pp. 565,566

los supuesto en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de ley.

(...)

Y esta norma contenida ahora en esa disposición legal, postconstitucional, que no admite más excepción que la existencia de una Ley que dispense de tal requisito (no existente evidentemente tal norma legal respecto de los interdictos) entendemos hace inexcusable su observancia, que no puede ser eludida por consideraciones de similitud entre esa reclamación previa y el acto de conciliación, dado el actual carácter de este último; ni por razones de urgencia, que igualmente se darían en otros supuestos distintos de los del interdicto, como en materia laboral, sin que, como queda dicho, se exceptúen legalmente, so pena de incumplir el mandato examinado”

La diferencia radica en que en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Reino de España (Art. 138) prescribe un incidente que debe ser sustanciado en pieza separada y sin suspender el curso de los autos en dos de los tres casos que pueden ser subsanados dentro del plazo de diez días siguientes a la alegación del incidente, mientras la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior a la vigente, preveía un procedimiento forzoso previo que no podía ser inobservado. Esto sin embargo, no compartimos, porque si la Constitución española en el Art. 24.2 establece “un proceso sin dilaciones indebidas”, esta norma está por sobre la norma ordinaria.

Estos argumentos nos permite tomar en cuenta que los procesos arbitrales, no pueden ser anulados si no ha mediado la conciliación previa a igual que en los procesos ordinarios en que muchos profesionales alegan la nulidad por no convocarse a junta de conciliación.

La falta de reclamación previa si bien puede constituir un presupuesto procesal, su inobservancia en muchos casos, no impide el ejercicio de la acción en vía jurisdiccional porque al demandado se le va a permitir su defensa y un procedimiento previo no conlleva forzosamente a una negación de la contradicción, salvo un mandato legal que prevea una consecuencia específica.

Prejudicialidad y presupuestos procesales.

Crisis del proceso.- “Llamamos *crisis del proceso* ... a las situaciones procesales que, respecto de la regular y ordinaria sucesión de los actos del proceso en orden a la sentencia sobre el fondo, suponen óbice, dilación, suspensión o paralización”¹³⁴

Dada la forma del estudio que hace el catedrático de Derecho Procesal de España, extraemos sus principales ideas y temas que se tratan en la obra citada, pp 547-566, teniendo presente que las citas se hacen en la transcripción literal de su texto.

En el desarrollo del proceso podemos encontrarnos con tres fenómenos: La prejudicialidad, los incidentes y la suspensión del proceso por acuerdo de las partes.

Llamamos *crisis* porque implica una mutación o cambio de la situación jurídico-procesal; porque la condición para su inicio o desarrollo con la aparición de uno de estos tres fenómenos, subsume al proceso en un

¹³⁴ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Segunda edición, El Proceso de Declaración, 2001, p. 547.

momento decisivo que hace que para su instrucción o su continuación tenga que mediar un acto jurisdiccional previo de consecuencias importantes, que independiente de los requisitos del proceso normal o de determinados actos procesales y de aspectos jurídico-materiales conexos con la *res in iudicio deducta* distintos de su objeto procesal, producen un impedimento o la paralización, suspensión o una alteración en el curso ordinario de la actividad jurisdiccional.

La prejudicialidad supone la decisión de la cuestión prejudicial antes que la cuestión principal. En estricto sentido, la prejudicialidad se presenta “...cuando la decisión de la cuestión de fondo,.. tiene como antecedente lógico, (...) resolver previamente otra cuestión sustantiva (no procesal), que, en hipótesis podría haber dado lugar –o podría dar lugar en el futuro- a otro proceso (en el que la cuestión ahora prejudicial sería la cuestión principal)”¹³⁵

La prejudicialidad constituye una situación jurídico material conexas que debe ser previamente resuelta por el órgano jurisdiccional competente como presupuesto necesario para el ejercicio de la acción o para expedición de la sentencia de mérito, cuando sea indispensable por su vinculación con la decisión de la controversia principal a fin de evitar el fraccionamiento del objeto del proceso y la incompatibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

Objeto.- Como se deja anotado en la definición, el objeto de la prejudicialidad es el de evitar que distintos tribunales, en distintos procesos, emitan un juicio de valor del hecho material y se pronuncien de distinta forma, tanto sobre su existencia, como sobre los efectos jurídicos que el hecho produce. También evita que se juzguen dos veces por lo mismo, porque el ejercicio de la acción, no sólo se contrae a la cosa juzgada, sino a todo proceso o a todo procedimiento cuyo objeto material sea la existencia o inexistencia del hecho objetivo.

En la diversidad de las cuestiones prejudiciales, podemos anotar, no solamente las clásicas cuestiones de orden civil para la materia penal, que se contraen a la falsedad material, a la insolvencia y quiebra, a la disposición arbitraria de la prenda sin desplazamiento, a la disposición arbitraria de la cosa adquirida con reserva de dominio y al rapto de una mujer mayor de 16 años y menor de 18 casada con el raptor (531-532 CP); sino las cuestiones de orden constitucional previo al ejercicio de la acción penal del Presidente y Vicepresidente de la República (130.10), y los casos de prejudicialidad de la sentencia, como la bigamia, los alimentos del hijo no reconocido, la nulidad del matrimonio celebrado por coacción, la terminación del matrimonio por divorcio en el caso de la injuria del un cónyuge contra el otro, casos en que el juzgado sólo puede acceder a la pretensión procesal, si hubo coacción o injurias.

Clasificación.- Según la clasificación que nos traen los procesalistas españoles, D. Andrés de la Oliva Santos, e Ignacio Díez-Picazo Jiménez,

“las cuestiones prejudiciales pueden ser clasificadas con arreglo, fundamentalmente, a dos criterios:

A) En función del contenido o naturaleza jurídicos de la cuestión prejudicial, cabe hablar de cuestiones prejudiciales *de la misma naturaleza*

¹³⁵ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal*, El Proceso de Declaración...p. 549.

que la cuestión principal y de cuestiones prejudiciales de distinta naturaleza que la cuestión principal. En el ámbito del proceso civil, las primeras también se dan cuando son también civiles- léase civiles o mercantiles, es decir, propias del orden jurisdiccional civil-Se habla, en este caso, *de prejudicialidad civil en el proceso civil*. Las segundas son penales, administrativas, sociales, constitucionales o comunitarias.

B) En función del tribunal que puede conocer de ellas, las cuestiones prejudiciales pueden ser *no devolutivas o devolutivas*. La prejudicialidad no devolutiva se da cuando el conocimiento de la cuestión se atribuye al mismo tribunal que conoce de la cuestión principal. Por el contrario, la prejudicialidad devolutiva se da cuando la decisión de la cuestión prejudicial corresponde a un tribunal distinto del que está conociendo de la cuestión principal”¹³⁶.

La prejudicialidad no devolutiva se caracteriza porque no suspende ni altera el curso ordinario de los autos; por tanto, no produce ninguna crisis procesal.

La prejudicialidad devolutiva produce efectos suspensivos, esto implica, que mientras no se haya resuelto por parte del juez competente, no puede incoarse el nuevo proceso, porque su decisión lo vincula al primero; sin embargo, estas pueden ser absolutas y relativas. En el primer caso, el juez está obligado a suspender el proceso y remitir la decisión de la cuestión prejudicial al juez competente, o de inhibirse del conocimiento hasta cuando se de aquel pronunciamiento, partiendo de que para el Estado, unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir al mismo tiempo.

La prejudicialidad devolutiva es relativa cuando el juez está facultado para hacerlo o no hacerlo, bien sea de manera discrecional o si se dan ciertos presupuestos. Se sustenta en el principio de la economía procesal.

Clases.- De estas concepciones podemos encontrar tantos tipos de cuestiones prejudiciales como ramas del derecho existan, así:

- a) Prejudicialidad civil en el proceso penal,
- b) Prejudicialidad penal en el proceso civil,
- c) Prejudicialidad administrativa, laboral o social en el proceso civil,
- d) Prejudicialidad civil en el proceso civil,
- e) Prejudicialidad constitucional en el proceso civil,
- f) Prejudicialidad laboral en el proceso civil,
- g) Prejudicialidad del derecho comunitario en el proceso penal,
- h) La prejudicialidad en lo político.

Prejudicialidad Civil en el Proceso Penal.

En este punto cabe distinguir entre hechos con apariencia delictiva y la prejudicialidad, así por ejemplo, según el Art. 215 C.C.P.C., exige a los jueces que al pronunciar la sentencia o auto, observaren que los testigos o las partes han incurrido en perjurio, falso testimonio o cualquiera otra infracción, dispondrán se obtengan las copias y se remita al fiscal para el enjuiciamiento penal correspondiente; mientras que, para que surja estrictamente una cuestión prejudicial en lo penal, es forzoso que este

¹³⁶ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal*, El Proceso de Declaración...pp. 549-550

presupuesto conste determinado expresamente por la ley (Art. 40 CPP.) y que exista un proceso civil pendiente sobre ese hecho supuestamente delictivo.

“...la prejudicialidad civil en materia penal está dada por toda cuestión jurídico civil que debe ser resuelta por el órgano jurisdiccional civil, como presupuesto necesario para la procedencia del ejercicio de la acción penal. Algunas cuestiones de resolución previa deben ser sustraídas del conocimiento del juez penal comúnmente conocidas como cuestiones prejudiciales absolutas, y entre ellas tenemos la falsedad material de un instrumento público, pero también existen otras cuestiones de resolución previa que pueden sustraerse, pero no necesariamente constituyen un imperativo para el ejercicio de la acción penal, conocidas como cuestiones cuasiprejudiciales tales como, la bigamia, la falsedad ideológica de un instrumento público, las que establecidas en un proceso penal, pueden ser juzgadas por el fuero penal, sin previa sentencia del fuero civil, requiriendo en ciertas cuestiones como la bigamia, de la resolución previa a la sentencia sobre la existencia del primer matrimonio por parte del propio juez penal que conoce el delito. Se debe distinguir por tanto, las cuestiones extrapenales o de prejudicialidad, en las que, mientras no se haya removido el obstáculo procesal que le permita iniciar el proceso, no es competente aún el juez penal, de las cuestiones previas que no necesariamente son prejudiciales. Consecuentemente, toda cuestión prejudicial es previa, pero no toda cuestión previa es prejudicial. La prejudicialidad absoluta es siempre una cuestión de derecho, cuya resolución se presenta como antecedente lógico y jurídico de la de derecho penal, objeto del proceso penal, y que versa sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida, permitiendo que el efecto jurídico produzca el fallo del juez civil y obliga al órgano penal a inhibirse de su conocimiento, o a la suspensión del procedimiento penal en el caso que se hubiese iniciado un proceso penal. La prejudicialidad relativa o cuasiprejudicialidad no requiere necesariamente del pronunciamiento del órgano civil”¹³⁷.

Casos de prejudicialidad en el Ecuador Art. 40 CPP.

1. Falsedad de instrumento público. Art. 180 C.P.C.
2. Calificación de insolvencia o quiebra. Arts. 507, 508, 509 y 589 C.P.C.
3. Remoción, desaparición, deterioro y abandono de objetos dados en prenda industrial, agrícola, prenda especial de comercio o comprados con reserva de dominio. 574 C.P.
4. Rapto seguido de matrimonio. 532 C.P.

Prejudicialidad penal en el proceso civil.

Como nos ilustra el autor, el que en la tramitación de un proceso civil aparezca la existencia de un hecho aparente constitutivo de delito no implica la existencia de una cuestión prejudicial penal, sin embargo, si se dan situaciones que afectan al desarrollo del proceso civil, el proceso no puede iniciarse o continuarse:

Los requisitos son dos:

1. Que se acredite la existencia del proceso penal relativo al mismo hecho; y,

¹³⁷ Recurso de nulidad, la Segunda Sala Corte Superior de Quito- Resolución de mayoría, Radamis Vs. Radamis, 18 de noviembre de 1997.- Las 9h00

2. Que la decisión del tribunal penal relativa al hecho pueda tener influencia decisiva en la resolución a dictar en el proceso civil.

Estas cuestiones pueden ser según el magistrado y catedrático español

“1.) General.- En el caso de que un mismo hecho aparezca, por un lado, como elemento que fundamenta la pretensión o la resistencia de las partes en un proceso civil y, por otro, como hecho investigado en un proceso penal ante su apariencia delictiva, la consecuencia debe ser la de suspender el proceso civil hasta que se decida el proceso penal aunque esa suspensión sólo sea acordada una vez que el proceso civil esté ya pendiente de dictar sentencia”¹³⁸

Su coterráneo completa esta versión:

“La cuestión prejudicial penal sólo surge, por tanto, si la calificación de un hecho fundamental del proceso civil como delito o falta es decisiva para el sentido del fallo que en aquél haya de pronunciarse, y si ese hecho ha dado ya lugar a la incoación de un proceso penal.

(...)

la LEC no exige para que surja la cuestión prejudicial penal que el proceso penal haya alcanzado una específica fase de tramitación. Basta con que exista una *causa criminal*”¹³⁹

La suspensión del proceso civil a la espera del resultado de la causa penal, se sustenta en la tradicional máxima “**le criminel tient le civil en état**” que significa, “lo penal suspende lo civil”.

Montero Aroca continúa:

“2.) Documental.- Supuesto especial es el relativo a la falsedad de un documento aportado al proceso civil, pues entonces la suspensión de éste podrá acordarse tan pronto como se acredite que se sigue proceso penal sobre ese hecho”¹⁴⁰.

Requisitos: El autor describe los siguientes requisitos:

“1) Que se acredite ante el juez civil la existencia de proceso penal sobre el delito de falsedad relativo al documento determinado; y 2) Que ese documento pueda ser decisivo para resolver la cuestión de fondo planteada en el proceso civil.”¹⁴¹

Efectos:

1. Si la parte a la que favorece el documento en el proceso civil renuncia a él, y es separado de los autos, no se acordará la suspensión o se levantará la ya acordada.

2. Si el proceso penal, finaliza declarándose auténtico el documento o sin haberse probado su falsedad, la parte perjudicada por la suspensión del proceso civil, podrá pedir en éste indemnización de perjuicios...”¹⁴²

La suspensión del proceso y obviamente la inhibición, se da siempre mediante auto lo que supone la decisión de paralizar temporalmente el desarrollo del proceso y la indemnización de perjuicios en caso de declarar auténtico el documento.

¹³⁸ MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional Il...*p. 35

¹³⁹ DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal*, El Proceso de Declaración...p. 553

¹⁴⁰ MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional Il...*pp 35,36

¹⁴¹ MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional Il...*p. 36

¹⁴² Ob. Cit. p. 36

El autor continúa con su explicación y recurso que le queda al solicitante de la suspensión y concluye que:

1. Si se deniega la suspensión cabe sólo la revocatoria, sin perjuicio que la petición de suspensión pueda reproducirse durante la segunda instancia y hasta en la casación.
2. Si se acuerda la suspensión debe distinguirse:
 - Contra el auto que acepta cabe apelación.
 - a.) La suspensión durará hasta que se acredite que el proceso penal ha terminado por cualquiera de sus modos (normal y anormal).
 - b.) La declaración de la existencia del delito, si produce consecuencias civiles en España y en el Ecuador, al tenor del Art. 41 del Código de Procedimiento Penal.

Prejudicialidad administrativa, laboral o social en el proceso civil.

La regla consiste en que el juez civil que está conociendo un proceso de esta naturaleza, surge una cuestión prejudicial laboral o contencioso administrativa, se pronunciará sobre ella como elemento lógico para decidir el objeto del proceso civil.

La decisión supone que lo decidido por el juez civil no produce efectos de cosa juzgada, de modo que puede surgir después un proceso laboral o contencioso administrativo en el que lo que fue cuestión prejudicial en el proceso civil se convierta en objeto principal de este proceso posterior.

Sin embargo de lo anterior, no impide que excepcionalmente el proceso civil pueda suspenderse mientras en un proceso laboral o contencioso administrativo se decide la cuestión prejudicial, siempre que así lo prevea la ley expresamente o lo decida el juez civil ante el acuerdo de las partes. En este caso, lo decidido por el juez laboral o por el tribunal de lo contencioso administrativo vinculará al tribunal civil.

Nuestra legislación a igual que la antigua legislación española, no preveía expresamente esta situación, sin embargo, el apartado 1 del Art. 10 de la LEC, de manera obscura vendría a excluir las cuestiones prejudiciales no penales como suspensivas y/o devolutivas respecto de un proceso civil.

Por lo que respecta a las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales, es decir, aquellas que siendo de resolución principal, deberían ser conocidas por los jueces sociales o administrativos, la regla general sigue siendo que se trata de cuestiones prejudiciales no devolutivas y no suspensivas, es decir, que los tribunales civiles pueden conocer de ellas, si bien la decisión adoptada no surtirá efecto fuera del proceso civil en que se produzca.

Esta regla general queda exceptuada:

- a) Cuando lo establezca la ley.
- b) Cuando lo pidan las partes de común acuerdo o una de ellas con el consentimiento de la otra.

En tales casos, los tribunales civiles suspenderán el curso de las actuaciones, antes de dictar sentencia, hasta que la cuestión prejudicial sea resuelta por el órgano competente, cuya decisión vinculará a los tribunales civiles.

Requisitos:

- 1) Que exista un procedimiento iniciado ante el órgano competente.
- 2) Que la decisión que se adopte pueda tener influencia decisiva en la resolución del proceso civil.

El coste principal que tiene la prejudicialidad devolutiva es que acarrea la suspensión del proceso, pero si las partes están dispuestas a aceptar las dilaciones derivadas de esa suspensión, no hay motivo para no acordarla y si la ley excepcionalmente lo establece, será porque entienda que en tal caso es preferible la espera a la eventual contradicción de los pronunciamientos.

Prejudicialidad civil en el proceso civil.

El Código de Procedimiento Civil, con la excepción del Art. 310 no precisa situaciones específicas, como ocurre con el Código de Procedimiento Penal, aún como ley en blanco se remite a otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla, sin embargo, de manera difusa se presenta en el Código Civil y en otras leyes de esa naturaleza, permitiendo que los Tribunales Civiles puedan perfectamente pronunciarse prejudicialmente sobre cuestiones civiles que sean antecedente lógico jurídico de la cuestión principal objeto del proceso.

Las Leyes en blanco.- son aquellas de una relativa completud que se caracterizan porque en ellas no aparecen completamente descritas y se remiten a otras normas del mismo cuerpo legal o de otros ordenamientos jurídicos. Fue Karl Binding, quien creó tal expresión “*Blanketstrafgesetze*”, quien considera que se caracteriza porque:

- a.) La prohibición cuya trasgresión se castiga proviene de una autoridad policíaca de un Estado o lugar o de otra autoridad o legislación local.
- b.) Porque el derecho local decide a que autoridad compete la sanción de la norma.
- c.) Porque esa disposición prohibitiva puede sólo producirse después de la ley penal, que mientras tanto “busca su alma como cuerpo errante”
- d.) Porque depende del arbitrio de la autoridad correspondiente lo que se escriba sobre el documento en blanco.

La diferencia entre una y otra rama del derecho procesal, radica en el rigorismo taxativo del Art. 40 del Código de Procedimiento Penal y la amplitud que le concede al Juez Civil para considerar la existencia y la calidad de la cuestión prejudicial, con las excepciones siguientes:

1. Hay casos en que una Interpretación lógica conduce a entender que hay ciertas cuestiones civiles sobre las que un Tribunal Civil no puede pronunciarse prejudicialmente, V. gr. la eficacia de una resolución judicial extranjera (lex fori y lex losi).

2. Los Tribunales Civiles pueden resolver prejudicialmente cuestiones civiles para cuyo conocimiento como cuestión principal carecen de competencia objetiva por razón de la materia, v.gr. nulidad de un laudo arbitral.

3. Siendo la regla general que las cuestiones prejudiciales civiles pueden ser resueltas por los Tribunales Civiles sin suspender el proceso, aunque sin fuerza de cosa juzgada, puede suceder que en determinados casos si cabe la suspensión del proceso para esperar la decisión del otro órgano civil, pero a igual que en los otros casos se deben cumplir requisitos:

a) Es necesario que se encuentre pendiente un proceso civil que tenga por objeto principal lo que en el otro se plantea como cuestión prejudicial.

b) Es necesario que no sea posible la acumulación de procesos.

c) Es necesario que lo pidan ambas partes o una de ellas y se oiga a la parte contraria. Nótese que en la prejudicialidad social o administrativa se exige que ambas partes estén de acuerdo, sin embargo, en la civil basta que lo pida una de ellas y sólo se oiga a la contraria. Esta diferencia se sustenta en la norma que permite acordar la acumulación, sin contar con el consentimiento de la otra parte LEC 78. 2 y 3.

d) Si se accede a la petición, el procedimiento se suspende en el estado en que se encuentre, hasta que termine el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

e) La Decisión sobre la petición de suspensión adopta la forma de auto, frente al que cabe recurso de apelación con las limitaciones de la ley y el recurso de revocatoria o reposición.

Prejudicialidad constitucional en el proceso civil.

Los Juzgados y Tribunales pueden e incluso deben no aplicar las normas legales que consideren opuestas a la Constitución, en razón de considerarlas derogadas por ella. Cuando una norma legal ha sido válida en un momento, si se expide una nueva Constitución, cuyos principios normativos contradicen con ésta, se produce la denominada **“inconstitucionalidad sobrevenida”**. Si se trata de una norma postconstitucional con rango de ley aplicable a un proceso civil y de cuya validez depende el fallo, el que puede resultar contrario a la Constitución, cabrá el planteamiento de la decisión previa al Tribunal Constitucional o al mismo Juez Civil.

El apartado 3 del Art. 4 LOPJ español añade “Procederá la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”.

La cuestión de inconstitucionalidad abarca tanto el objeto como el procedimiento, limitando la libertad de los jueces, y permitiendo que la interpretación en una norma en sentido acorde con la Constitución, se convierta en una verdadera cuestión prejudicial y su consecuente suspensión del fallo.

Como es obvio, sólo pueden ser normas con rango de ley, pero además, se ha de requerir:

- a.) Que las dos leyes sean aplicables al caso;
- b.) Que la situación jurídica o procesal, dependa de una sola de ellas; y
- c.) Que la decisión que se adopte por el Juez Constitucional pueda tener influencia decisiva en el proceso civil.

Presupuestos procesales:

1. Determinación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.
2. Determinación del precepto constitucional que se supone infringido;
3. Especificación y justificación de la medida en que la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión; y,
4. Juicio de relevancia, es decir, el esquema argumental de la validez o falta de validez de la norma cuestionada.

Momento procesal:

Dependiendo de la situación procesal, la petición de prejudicialidad se debe proponer en el momento en que el litigante por propia apreciación considere la duda sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma aplicable, pero de manera general, por parte del demandado, se ha de considerar oportuno, el momento de la contestación a la demanda, y por parte de los dos sujetos procesales, en la prueba o en el plazo para dictar la sentencia.

Consideramos prudente que el Juez de oficio, dada la supremacía de la norma y como una excepción al sistema dispositivo, pueda suspender el proceso y consultar la cuestión al Tribunal Constitucional, sin perjuicio de fallar, en cuyo caso ya no podrá suspenderse el proceso.

La decisión del Tribunal Constitucional quedará vinculada desde su conocimiento formal. Una situación importante es el considerar el ámbito de la decisión del Tribunal Constitucional, pues puede suceder que solamente se pronunció sobre una determinada norma y no lo hizo respecto de otras conexas como sucedió con el recurso de casación en los delitos de acción privada (459 y 432 CPP de 1983), o puede suceder que se anule la norma que debía sustentar la sentencia, ante lo cual, cabría preguntarse ¿con arreglo a qué norma se expedirá el fallo?

Prejudicialidad del derecho comunitario en el proceso penal.

En el derecho comunitario, a diferencia de las otras ramas del derecho, se determina con precisión y rigurosidad la cuestión prejudicial, así tenemos, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, prevé que como presupuesto previo al ejercicio de la acción, se ha de requerir su pronunciamiento, a igual que la suspensión del proceso cuando una de las partes recurre a su interpretación.

El Tribunal Europeo de Justicia, en su Art. 234 del Tratado de la Comunidad Económica Europea establece que: “el Tribunal Europeo de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial”:

“a) Sobre la interpretación del presente Tratado”;

“b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por la instituciones de la comunidad”;

“c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean”; y añade: “Cuando se plantee una cuestión de esa naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados Miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”.

“Cuando se plantee una cuestión de ese tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

La prejudicialidad en lo político.

Nuestra Constitución ha previsto

Art. 130.- **Atribuciones del Congreso.-** El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

(...)

9. El Presidente y Vicepresidente de la República solo podrán ser enjuiciados políticamente...

Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase al conocimiento del juez competente.

Oscuridad de la demanda.

La oscuridad de la demanda viene inmersa en la excepción de defecto legal, porque para demandar, se debe explicar claramente, quién demanda, que se demanda y en que funda esa demanda, es decir, cuáles son los hechos generadores del derecho reclamado, pues sólo así, podrá el demandado alegar una conexidad, la incompetencia del juez, la prescripción de la acción o la cosa juzgada. Estos presupuestos y los expresados al estudiar el defecto legal, nos llevan a establecer que el demandado no puede estar en una situación de perplejidad y que pese a que nuestra doctrina y de otras como la mexicana, la sola facultad del juez de mandar a aclarar o completar una demanda, no es suficiente, porque en muchas de las veces, el juez no es quien califica la demanda o siendo él y por más cuidadoso que sea, puede escapar algún presupuesto importante que dificulte el ejercicio de la defensa y rompa el equilibrio procesal al permitir la supuesta subsanación del Art. 69 CCPC como suficiente solución, es por ello, que la jurisprudencia ha considerado que esta excepción es de aplicación rigurosa, pero no improcedente. El Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, sostiene que esta excepción si es procedente, porque la responsabilidad que se atribuye por la caída de un puente debe sustentarse en “los motivos por los cuales surte esa responsabilidad, la demanda, para ser clara, debe determinar cuál o cuáles de los vicios expresados en el propio artículo (...) Sin esa determinación, el demandado no podría deducir, las excepciones, ni el juez conocer, con precisión, las excepciones, ni el juez conocer, con exactitud, los puntos de la traba de la litis; y es, por lo tanto, inadmisibles, por falta de la mencionada determinación, la excepción propuesta...”¹⁴³

El profesor mexicano cita a Nereo Mar, quien dice:

“al ejercer una acción, se debe determinar, con claridad la prestación que se demanda; e indicar el título o causas de pedir. No es necesario invocar fundamentos jurídicos, ya los romanos pusieron en boca del juez el siguiente aforismo *da mhi facta dabo tibi ius*, (exprésame los hechos, que yo te daré el derecho), además expresaron *curia novi iura*, (el Juez conoce el derecho), es jurisperito y jurisprudente. Puede suceder que no se llegue al extremo de omitir los dos requisitos mencionados, pero si se presentan casos frecuentes de demandas oscuras o irregulares, con largas exposiciones de motivos inoperantes y a veces contradictorios. Esto es un defecto, pues los hechos constitutivos de la causa o motivo de pedir deben de ser expuestos en forma sucinta y clara. La exigencia de este artículo para determinar con claridad la clase de prestación que se reclama al demandado, adquiere especial importancia para: a) Resolver una excepción de incompetencia o de conexidad; b) Determinar si procede la acumulación de autos en el procedimiento; c) Si ha caducado la acción no ejercitada; d) Resolver la excepción de cosa juzgada, y e) Saber si dos o más personas

¹⁴³ PEÑAHERRERA Víctor Manuel, ...p. 614

han ejercitado una misma acción para exigirles que nombren un representante común.”¹⁴⁴

Improcedencia cautelar por falta de requisitos.

Los procesalistas españoles, Vicente Gimeno Sendra, Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena, sostienen:

“Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento medida cautelar alguna. Pero desgraciadamente esta solución, por regla general, es utópica .

(...)

Del enunciado concepto merecen destacarse, como presupuestos de las medidas cautelares el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

a) El *fumus boni iuris* o apariencia y justificación del derecho subjetivo, que en el proceso civil suele ir ligado a la titularidad de un documento justificativo del derecho subjetivo material, en el proceso penal, tratándose de la futura actuación del *ius puniendi*, como consecuencia de la comisión de un delito, que, al propio tiempo, es fuente de la obligación civil, estriba precisamente en la *razonada atribución del hecho punible* a una persona determinada.

(...)

b) El *periculum in mora* o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, viene determinado, en el proceso penal, por el «peligro de fuga» o de ocultación personal o patrimonial del imputado...¹⁴⁵”

El profesor Enrique Falcón, clasifica a los procesos en, 1.) De conocimiento; 2) cautelares; 3) de ejecución; 4) especiales; 5) universales; 6) arbitrales; y, 7) voluntarios. El mismo autor, realiza una clasificación en base a los nuevos modelos procesales; y entre éstos, determina a los complejos y a los urgentes, partiendo de que en los primeros, no es “...verificable en cierta gama o categoría de controversias : cuestiones de familia y de la juventud; el derecho monetario- de la indexación al desagio-; rehabilitación de empresas comerciales con dificultades...”¹⁴⁶.

Estas concepciones funda el autor en el avance de la ciencia y la tecnología y la complejidad de las relaciones humanas en un mundo cada día más difícil, lo cual hace suponer que los rigorismos formales en ciertos casos son de segundo orden y por tanto, debe atenderse y privilegiarse al fin social que hace que los problemas sean resueltos por vías propias y no apoyadas en las clásicas concepciones tradicionales aplicables a situaciones menos complejas. Lo novedoso de esta nueva clasificación son los procesos urgentes, que desplazan los presupuestos del acto cautelar partiendo de la celeridad procesal y a un modo de tutela adecuado.

El autor sostiene:

“Así, en ciertos supuestos, la medida cautelar se presenta como una sentencia anticipada, cuya ubicación final en el contexto correspondiente con posterioridad se hace dificultosa. En algunos casos, el reclamante de justicia no puede esperar el tiempo de la sentencia para ver resuelta su pretensión (v.gr., alimentos), la solución del conflicto requiere tiempos

¹⁴⁴ LANCASTER-JONES Carlos María, *Manual de Excepciones Civiles...*p. 43

¹⁴⁵ GIMENO SENDRA Vicente y otros, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Editorial COLEX, 1996, Pp. 480,481.

¹⁴⁶ FALCÓN Enrique , *Manual de derecho procesal ...* Tomo I, p. 80

exiguos (v.gr., el cumplimiento o no de una determinada tarea mañana o nunca, por ejemplo, que actúe o no un conjunto musical que viene de otro país por un día a tal efecto). La medida cautelar tomada en cualquiera de estos casos, cumple definitivamente con la pretensión final; su objetivo estará cumplido y el requirente no tendrá más interés. En estos casos debe examinarse con atención la pretensión requerida, pues también hay que considerar los intereses del requerido como garantía del debido proceso (...) En muchos aspectos corresponde disciplinar una suerte de tutela judicial urgente, más allá de lo estrictamente cautelar, en las palabras de Andorno. De esta manera encontramos las siguientes variedades:

I) La *medida cautelar clásica* requiere, en general, demostrar verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, y establecer una contracautela; constituye un accesorio de un proceso. Se torna *inaudita pars* y la solución adoptada para la medida no crea la necesidad de otra sentencia con la misma solución.

II) La *medida de anticipación de tutela* requiere un elemento más, no ya la verosimilitud, sino la certeza suficiente del peligro o la frustración del derecho. Requiere también contracautela y es accesorio de otro proceso. Pero la medida se toma con audiencia de la contraria y la sentencia puede resultar concordante con la medida, pues los elementos arrimados o existentes hacen prever dicho resultado.

III) Por último tenemos la llamada "*medida autosatisfactiva*" o "de satisfacción total inmediata", que —como señala Peyrano— constituye un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal..."¹⁴⁷

Importantísima esta sugerencia del profesor argentino, pues existen procedimientos especialísimos en nuestra legislación, como la restitución internacional de un menor por sentencia o resolución de un juez extranjero para la localización de un niño o niña en el Ecuador y su restitución inmediata a la madre o a quien tenga la custodia. En estos procedimientos, no puede observarse un ejercicio regular de la defensa, pues se debe aprehender al menor e inmediatamente escuchar en audiencia al padre y dar cumplimiento con la restitución del niño. Si se debe citar luego de la aprehensión y cumplir con un procedimiento rápido pero no el procedimiento previsto en el proceso contencioso general, porque los efectos serían desastrosos, primero porque el padre fugará inmediatamente con el niño a otro país o ciudad y segundo porque no puede el niño esperar un proceso largo internado en una casa asistencial, la que por más adecuada y decorada que sea, no dejará de ser eso, una limitación a la libertad ambulatoria y separación de sus progenitores.

Lamentablemente, este criterio no fue observado por una de las Salas de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Quito que sancionaron al juez a quo por no haber citado al padre del menor y proceder conforme al proceso contencioso general.

Falta de patrocinio.

El patrocinio constituye la protección jurídica que realiza un profesional del derecho acreditado legalmente para su ejercicio a favor del demandante. Cuando esta protección lo hace el abogado a favor del demandado, se denomina defensor. Equivocadamente se utiliza la denominación de "abogado defensor" tanto para el actor como para el

¹⁴⁷ FALCÓN Enrique, *Manual de derecho procesal*, ...Tomo I, p. 81,82

demandado, lo cual es incompatible, porque defensor es el abogado que respalda la gestión de quien es atacado judicialmente, pues no puede defenderse quien ataca. La equivocada utilización de la palabra defensor viene de la concepción latina de que el abogado ampara o defiende los derechos de los justiciables, sin distinción de la ubicación en el proceso; sin embargo, consideramos que debemos utilizar aquello con propiedad y llamar al abogado del actor como patrocinador y al abogado del demandado, como defensor.

La Ley de Federación de Abogados en el Art. 50 establece que toda clase de escritos y petitorios ante las instituciones del sector público deben ir respaldados con la firma de un abogado inscrito con matrícula en uno de los Colegios de Abogados del país y además dicha Ley garantiza la defensa profesional de los abogados. El Código de Procediendo Civil prescribe similar protección; sin embargo, no se ha previsto la obligación de patrocinar una demanda y respaldar una defensa por parte de un abogado de forma expresa, al contrario, se permite en ciertos casos la intervención directa del sujeto procesal y hasta la no determinación del lugar o la casilla para ser notificado con las decisiones judiciales, lo cual conlleva a establecer que la falta del patrocinio no constituye una formalidad esencial, sino una forma de mero rito, cuya consecuencia no invalida el proceso.

Preclusión de las formas.

La preclusión es el agotamiento de las facultades de las partes para realizar actos de postulación o de impugnación cuando no se han ejercido dentro de los espacios previstos por la ley procesal o cuando ha concluido el derecho de reclamar. Esta pasividad de las partes o limitación de la Ley produce un efecto a las resoluciones judiciales en tal grado que la propia doctrina ha confundido con la cosa juzgada. La ley procesal ecuatoriana a igual que la mayor parte de las legislaciones que mantienen el proceso escrito ha previsto unos espacios específicos para que las partes puedan alegar y reclamar por las decisiones jurisdiccionales, esto conlleva a pensar como dice Falcón, que "...el proceso se encuentra articulado en diversas partes y dentro de cada una de ellas deben cumplirse uno o más actos determinados, con la consecuencia de que carecen de eficacia aquellos que se cumplen fuera del período que les está asignado"¹⁴⁸. De esta concepción podemos deducir claramente que los actos procesales deben practicarse dentro de los plazos previstos.

Hemos utilizado la palabra plazo, y no término, como indebidamente se ha calificado a los espacios de tiempo dentro de los cuales se han de practicar los actos procesales, porque se ha creído que la forma de computarlos en materia civil le da la terminología, lo cual no es así, porque el cómputo sólo de días laborables no está en la esencia de la terminología, sino en los artículos 312 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil y 35 del Código Civil. El término se utiliza para la práctica de un acto procesal en un momento específico, v. gr. el señalamiento de una determinada fecha para rendir una confesión judicial, o para presentarse al cumplimiento de una exhibición, o presentar en ese momento y no en otro cualquier alegación; el plazo, implica, que el acto procesal puede practicarse

¹⁴⁸ FALCÓN Enrique, *Manual de derecho procesal*, ...Tomo I, p. 503

dentro de un espacio o período de tiempo, como por ejemplo, el plazo para contestar una demanda en un juicio ejecutivo, que es de tres días (Art. 429 CPC) lo que permite que el demandado pueda contestar su demanda el primer día siguiente al de la citación, el segundo día, o el tercer día. Esto no sucede con el término.

El Art. 132 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, prescribe:

“Artículo 132. Plazos y términos

1. Las actuaciones del juicio se practicarán en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas.
2. Cuando no se fije plazo ni término, se entenderá que han de practicarse sin dilación.
3. La infracción de lo dispuesto en este artículo por los tribunales y personal al servicio de la Administración de Justicia de no mediar justa causa será corregida disciplinariamente con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio del derecho de la parte perjudicada para exigir las demás responsabilidades que procedan.”

Como se aprecia del texto transcrito, en la misma materia o rama del derecho y ley procesal, existe la utilización tanto del plazo, como del término, por lo cual, no podemos atribuir el primero a la materia penal y el segundo a la rama del Derecho civil.

Para ultimar esta tesis, citemos el siguiente artículo:

“Artículo 133. Cómputo de los plazos

1. Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo, y se contarán en ellos el día del vencimiento, que expirará a las veinte y cuatro horas.

No obstante, cuando la Ley señale un plazo que comience a correr desde la finalización de otro, aquel se computará, sin necesidad de nueva notificación, desde el día siguiente al del vencimiento de éste.

2. En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles.

Para los plazos que se hubiesen señalado en las actuaciones urgentes a que se refiere el apartado 2 del artículo 131 no se considerarán inhábiles los días del mes de agosto y se excluirán del cómputo los domingos y festivos.

3. Los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha.

Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

3. Los plazos que concluyan el domingo u otro día inhábil se entenderá prorrogados hasta el siguiente hábil.”

Esta norma procesal, determina la forma de computar los plazos, la que a igual que nuestra legislación, se prevé en el Art. 5 del Código Civil Español, que tampoco utiliza el término por ser aplicado en el procedimiento y utilizado por el tribunal.

El primer apartado del ordinal 2, excluye de su cómputo los días inhábiles, de la misma forma que sucede con el artículo 312 de nuestra legislación. Es cierto que las normas de la sección 9ª. del título I, libro segundo del Código de Procedimiento Civil refieren al término, pero eso implica que, de lege ferenda (ley deseable) ha de corregirse, y de lege lata (ley existente) llevaría a una modificación del texto, pues si el derecho escrito ha utilizado indebidamente un vocablo, no por ello debemos mantenerla. Lo que si está claro es que la exclusión de los días feriados y de

vacante, no deviene de la terminología, sino de la norma escrita. El propio Código de Procedimiento Penal ha previsto esta diferencia al establecer:

“Art. 6. Para el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales son hábiles todos los días y horas: excepto a lo que se refiere a la interposición y fundamentación de recursos, en cuyo caso correrán solo los días hábiles”

Como se observa, los reclamos de las partes deben realizarse en el momento o tiempo oportuno, pues si no lo hacen así, las reclamaciones se tornan en improcedentes y sus actos procesales ineficaces. El profesor argentino nos dice:

“Esta idea transferida a las resoluciones judiciales, como actos de finalización de períodos o etapas, o estadios procesales, significa que todo lo resuelto por una resolución cancela la actividad anterior, y aun aquellos actos que debieron tratarse con anterioridad a ella, no pueden ser revisados con posterioridad, si no se articuló la impugnación o revisión en tiempo oportuno.”¹⁴⁹.

La excepción en estudio se contrae a las formas procesales, no al fondo que tiene que ver con las excepciones perentorias, lo cual implica que, el revestimiento del acto procesal de las condiciones de lugar, modo y tiempo, debe realizarse adecuadamente, pues sino lo hace, ya no podrá solucionarse sino con la invalidez del proceso. Por ejemplo: si la demanda adolece de defecto legal y el juez lo ha calificado, no puede el actor aclararla con posterioridad, porque la formalidad exigida deviene en improcedente por la forma. Si no se alegó la indebida acumulación de personas, no puede el actor alegarla luego de notificado la concesión del término de prueba porque la formalidad exigida para su reclamación en cuanto al tiempo impide que se lo haga cuando la ley ha previsto una expiración de la etapa procesal.

Falta de citación al vendedor de la cosa vendida.

El contrato según Atilio Aníbal Alterini, es un:

“Acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

De ella resultan:

- a) La causa fuente del contrato, que es un acto jurídico.
- b) El consentimiento, que es eje conceptual de la noción de contrato y determina el carácter bilateral de este acto jurídico...resulta de la manifestación de voluntad de las partes, mediante una declaración directa, o a través de ciertos actos no declarativos.
- c) Los sujetos del contrato, que deben ser dos o más partes. El contrato, por lo tanto, puede ser un acto jurídico bilateral o un acto jurídico plurilateral.
- d) La finalidad del contrato que –siguiendo a la tesis amplia– consiste en la creación, la regulación, la modificación, la transferencia o la extinción de relaciones jurídicas.

¹⁴⁹ FALCÓN Enrique, *Manual de derecho procesal*, ...Tomo I, p. 503

- e) El objeto del contrato, esto es, las relaciones jurídicas patrimoniales. Quedan excluidas por lo tanto, las de índole extrapatrimonial.”¹⁵⁰.

El autor refiere que ciertos actos no declarativos pueden darse por:

“la realización de cierto comportamiento, se trata de los *facta concludentia* (hechos conclusivos, o que concluyen el contrato). En el Digesto(50, 16,19) se recuerda la opinión de LABEON, para quien *acto* “es un término general, hágase con palabras o de hecho”, y *gestum* “quiere decir lo que se hace sin declaración de palabras”.

Son hechos conclusivos los “ que permiten deducir lógicamente una conclusión segura e inequívoca en atención a que el mundo de la experiencia general así lo entiende unívocamente”; se trata de un deber saber que da relieve al comportamiento por la confianza que inspira”¹⁵¹

De estos elementos del contrato, para el tema en estudio es necesario referirse a la finalidad del contrato, porque en la compraventa lo que se persigue es crear una relación jurídica entre la cosa y el comprador y extinguir la existente entre ésta y el vendedor por medio de la transferencia que nos ilustra el Art. 718, inc. 3 de la Codificación del Código Civil que dice:

“Son títulos traslativos de dominio los que, por su naturaleza, sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos”

La citación al vendedor por la obligación de saneamiento cuando se demanda la cosa vendida al comprador según el Art. 1783 CC, es un presupuesto de la responsabilidad en caso de que ésta resulte evicta, pues si no se le hace conocer de la demanda planteada en contra del adquirente, mal puede el vendedor alegar su condición de propietario y su derecho de transferencia porque es el propio demandado comprador de la cosa quien ha frustrado su actuación en el pleito. Sin embargo, puede suceder que el adquirente sin la intervención del vendedor por falta de citación triunfe en el juicio o que éste se allane a la defensa del vendedor, o que el vendedor se allane al juicio y pese a ello el comprador continúe sosteniendo la defensa, en cuyos casos, la responsabilidad del vendedor queda liberada.

Esta excepción debe considerarse como sustantiva pero por la similitud con el litisconsorcio necesario se le ubica dentro de las excepciones dilatorias.

Condición suspensiva y condición resolutoria

La condición suspensiva constituye la situación jurídica que prevé “un acontecimiento futuro e incierto cuya realización o no realización eximan al deudor del cumplimiento de la obligación” ¹⁵² La condición resolutoria genera la resolución del contrato por el incumplimiento de lo pactado por uno de los contratantes, permitiendo que el otro contratante reclame los perjuicios o exija su cumplimiento. Mientras la primera sólo suspende los efectos de la reclamación, la segunda produce el efecto de resolución del contrato por la falta de cumplimiento o por el cumplimiento

¹⁵⁰ ALTERINI Atilio Aníbal, *contratos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª. Reimpresión 1999, P. 9, 10.

¹⁵¹ ALTERINI Atilio Aníbal, *Contratos...*p. 266

¹⁵² LANCASTER-JONES Carlos María, *Manual de Excepciones Civiles...*p. 86

inoportuno o defectuoso del contrato. Estas excepciones que tiene efectos distintos, sin embargo, conllevan una limitación del derecho de acción en virtud de que no se ha generado el derecho o habiéndose generado éste debe mediar su materialización por medio de la constitución de la mora a través del requerimiento en los casos previstos en la ley. Lo que se debe tener en cuenta es la condición de cada uno de los contratantes, la calidad de las obligaciones (dar, hacer o no hacer) y el tiempo transcurrido. Además, se debe tener presente el hecho generador de la obligación, pues no puede pedirse al mismo tiempo el cumplimiento del contrato y la pena por el retardo a menos que se haya estipulado así en el contrato al tenor del Art. 1553 CCC.

“Para Manuel Bejarano la eficacia de la obligación puede ser afectada por la condición (modalidad semejante al plazo) , la cual consiste asimismo en un acontecimiento futuro . Sólo que, mientras el plazo es un suceso que necesariamente va a llegar – un suceso cierto-, la condición es un acaecimiento de realización contingente (incierto), pues no se sabe si habrá de producirse o no, en ello se distinguen.

Por su parte, Carlos Arellano señala que si la existencia de una condición suspensiva no se ha realizado es una excepción dilatoria, la presencia de una condición resolutoria que se ha realizado y que ha extinguido la obligación que se reclama en juicio, es una excepción perentoria.”¹⁵³

La condición resolutoria no debe confundirse con el término resolutorio, porque mientras ésta constituye un acaecimiento incierto, el pacto o término resolutorio depende de un acontecimiento futuro, cierto y necesario.

Acumulación de Procesos.

Por acumulación de acciones se entiende, la unión de diferentes, acciones propuestas a un mismo tiempo en un mismo juicio y en una misma demanda¹⁵⁴. El Art. 108 CCPC establece cuatro casos en los que cabe la acumulación, los cuales buscan evitar la división de la contienda de causa y la expedición de sentencias contradictorias, pero también tienden a evitar la pérdida de tiempo y recursos a los justiciables. La terminología de esta excepción ha sido muy discutida, en tal grado que algunos autores lo llaman acumulación de autos, otros, acumulación de acciones, otros de procesos y finalmente de pretensiones. Nuestra legislación denomina acumulación de autos, por la homologación a la causa, la doctrina lo denomina también acumulación de juicios, de pleitos o de causas. La Ley de Enjuiciamiento Civil del Reino de España distingue la acumulación de acciones de la acumulación de procesos y describe de forma separada en los arts. 71 al 73 y del 74 al 80, para luego continuar con el estudio individual de cada naturaleza de procesos.

El proceso, es el instrumento necesario para el ejercicio de la jurisdicción; el juicio es la controversia, contienda o litigio entre dos o más personas ante un juez competente que le pone fin por medio de una resolución que puede ser un fallo, un auto o de una decisión interlocutoria.

¹⁵³ Cita LANCASTER-JONES Carlos María, *Manual de Excepciones Civiles...* p 86

¹⁵⁴ DE VICENTE Y CARAVANTES José, *Tratado de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, ...T. I, P.653*

Como dice Carnelutti, “el proceso no es otra cosa, mas que el juicio visto al microscopio y por eso en dimensiones macroscópicas; mejor sería decir el juicio visto, como en el cine en cámara lenta.”¹⁵⁵

Auto es la decisión del juez sobre un incidente del juicio o sobre el desarrollo del mismo, pero cuando se usa el plural, implica el conjunto de documentos y piezas procesales de que se compone una causa o litigio. La causa implica el proceso o el procedimiento utilizado en la actividad jurisdiccional, es el conjunto de actos procesales o de procedimientos que conforman el cuerpo mismo de los autos. Decimos procedimiento porque no toda causa es un juicio y por tanto, no toda causa tiene un proceso, v.gr. la posesión efectiva, no es un juicio ni tiene un proceso, sino un simple procedimiento, cuya diferencia radica en que mientras el proceso sirve como medio o instrumento para dirimir conflictos, el procedimiento sólo constituye el ritual para la aprobación o declaración oficial de un acuerdo, de un hecho o de un estado de las cosas o de las personas. En el primer supuesto podemos citar a la transacción que se realiza precisamente para evitar el juicio; en el segundo supuesto tenemos el proceso de inventarios que no busca sino detallar los bienes que forman el patrimonio del causante o de la sociedad conyugal y fijar sus valores para poder realizar la partición; y en el último supuesto nos remitimos a la disolución y liquidación voluntaria de la sociedad conyugal y al divorcio consensual.

La regla general que fija el momento de formular la excepción es el de la contestación a la demanda y tratándose del juicio oral, en la audiencia de conciliación o audiencia preliminar, pero esta excepción rompe la norma del Art. 101 CCPC porque permite alegarla hasta el momento de la sentencia(Art.110.1).

La acumulación sólo cabe a petición de parte, la razón de limitar la facultad a las partes se sustenta según el profesor español en “...la conveniencia de evitar los abusos que pudieran cometer los jueces decretando acumulaciones improcedentes, con lo que se menoscabaría el derecho que tienen las partes de elegir sus jueces por la prorrogación tácita ó expresa, en los casos en que procede, ó se alterarían las reglas establecidas por las leyes sobre la jurisdicción territorial.”¹⁵⁶ No compartimos con el ilustre catedrático que sostiene que cuando el juez considere que su decisión va a producir efectos de cosa juzgada diversos de otra decisión, puede disponer la acumulación de oficio, porque el principio dispositivo no permite esta facultad al juzgador como hemos venido analizando. También nuestra legislación ha previsto la acumulación obligatoria en las acciones testamentarias, de concurso y universales, sin embargo, no son acumulables dos o más juicios concursales.

El Dr. Armando Cruz Bahamonde realiza un amplio estudio al tema y sustentado en el criterio de Hernando Devis Echandía nos aclara que lo que se acumula son las pretensiones a través de una misma acción, como cuando el mismo actor demanda en un mismo juicio y del mismo trámite, varias cosas o hechos, las que por su naturaleza tienen distinta sustanciación o que siendo de la misma naturaleza, podría demandarse de forma separada, pero

¹⁵⁵ CARNELUTTI Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994, P. 51.

¹⁵⁶ DE VICENTE Y CARAVANTES José, *Tratado de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil*, Tomo I..p 658

la acumulación de acciones se produce cuando se promueve una contrademanda o reconvención, que por su origen y naturaleza pueden generar sentencias contradictorias o llevar a dos largas contiendas en contra del principio de celeridad y economía procesal.¹⁵⁷

Nosotros nos adherimos a esta denominación y creemos que se debe llamar **“acumulación de pretensiones”** porque no siempre pueden existir dos procesos.

Saliéndonos de los clásicos ejemplos, nos preguntamos: ¿Si se solicita una inspección judicial a un predio por parte de uno de los futuros sujetos procesales y otro vinculado a la situación, con los mismos fines, también ha solicitado dicho acto preparatorio, cabría la acumulación? Creemos que sí, porque como dejamos explicado, no sólo se busca evitar sentencias contradictorias, sino también se persigue la economía procesal y la celeridad de las resoluciones.

El autor nacional nos refiere que la acumulación puede ser solicitada en cualquier estado de la causa basado en el ordinal 1 del actual Art. 110, antes 114 del Código de Procedimiento Civil, criterio que compartimos por las razones antes indicadas, sin embargo, podemos entender con un mayor análisis que lo que no cabe es proponer excepciones después de contestada la demanda o reformar o ampliarlas una vez que se ha notificado el auto de concesión del término de prueba, pero si caben los medios de defensa que subsisten desde el momento mismo de la presentación de la demanda hasta la etapa de ejecución del fallo, inclusive, dentro de los cuales está la alegación de la acumulación.

Dado a que esta excepción busca evitar decisiones contradictorias y la cosa juzgada, los presupuestos para la procedencia de esta excepción son los mismos que los de la litis pendencia, estos son, identidad de causa, de las cosas en litigio y sujetos procesales y además de la litispendencia por conexión o litis pendencia impropia. Los fallos contradictorios que cita el autor ecuatoriano deben ser estudiados profundamente, pues si bien compartimos el criterio del ilustre coterráneo de que no pueden acumularse un juicio ejecutivo con un juicio ordinario por prohibición expresa del Art. 110.2, creemos que si cabe la excepción de litis pendencia cuando habiéndose demandado y citado con la demanda de pago por consignación el demandado reclama el pago en la vía ejecutiva, es decir, compartimos los argumentos del fallo 334 y discrepamos los argumentos del fallo 335 que cita el autor. Lo que no cabe es una vez que se ha demandado ejecutivamente se pretenda realizar el pago por consignación por que este pago debe realizarse dentro de los tres días subsiguientes a la citación con la demanda y que la controversia tenga naturaleza distinta.

Nulidad, anulabilidad e inexistencia del proceso.

Esta excepción fue ya considerada al tratar sobre la excepción de nulidad, pero es necesario puntualizar sus términos, sus efectos y los modos de declaración según exista o no la excepción y aparezca el vicio trascendente.

¹⁵⁷ CRUZ BAHAMONDE Armando, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, Guayaquil, EDINO, 2001, T. II, pp. 157 - 177.

Uno de los errores de la doctrina es el haber importado términos del derecho material al derecho de aplicación, es por ello que la doctrina refiere a la nulidad y a la anulabilidad. Estas distinciones existen sólo en el derecho material para diferenciar a la nulidad absoluta de la nulidad relativa, en materia procesal sólo cabe la excepción de nulidad que implica la alegación de vicios producidos en la estructura y/o en el desarrollo del proceso. Según el profesor Víctor de Santo:

“La nulidad procesal procede ante la configuración de un perjuicio cierto e irreparable, porque **no hay nulidad en el solo interés de la ley**, ya que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismo, sino que son un instrumento para asegurar la defensa en juicio de las personas y de los derechos”¹⁵⁸

“si la obligación deriva de un acto jurídico, se puede reclamar la nulidad de ese acto, por vía de excepción”¹⁵⁹. Pero lo importante que nos trae el autor mexicano es que esta vía sólo es posible en tratándose de la nulidad relativa que puede prevalecerse todo interesado, lo cual implica que no cabe la excepción de nulidad relativa ni puede alegarla quien intervino en el acto jurídico viciado.

El profesor argentino, establece como presupuestos de la nulidad procesal, los principios de especificidad o legalidad, que exige que además de la prescripción de una determinada formalidad en la ley, ella debe ser expresa, específica y que resulte estrictamente necesaria su declaración; el principio de conservación, que permite la firmeza y seguridad de los actos procesales cuando se ha logrado el fin de la norma, pese a la hipótesis de que estos sean irregulares o defectuosos; el principio de trascendencia, que exige el perjuicio cierto e irreparable que sólo puede subsanarse mediante la declaración de nulidad; el principio de convalidación expresa o tácita del vicio; y, el principio de protección, que impide su alegación a quien originó el acto irregular¹⁶⁰.

Además de estos presupuestos, cabe precisar los efectos y la forma de declararla. Si se alega la nulidad como excepción, el juez debe aceptar la excepción dilatoria y desechar la demanda, por así disponer los Arts. 106 in fine y 273 CCPC. El efecto es el mismo que la declaración de nulidad. Si no se alega la nulidad como excepción sino como medio de defensa o el juez encuentra el vicio, debe declararlo mediante auto a partir del momento procesal en que se produjo el vicio, esto es, con efectos *ex tunc*, el que puede dar lugar a una nulidad con reposición del proceso o a una nulidad sin derecho a reposición, dependiendo de si el vicio es producido luego de la demanda o si el vicio viene con la demanda.

Si la nulidad se evidencia luego de la sentencia y si se cumplen los presupuestos de los Arts. 299 y 301 CCPC, debe alegarse como acción, esto es, proponiendo una demanda de nulidad de sentencia ejecutoriada, sin que quepa la suspensión de la ejecución de la sentencia, la que sólo cabe en los casos de tercería excluyente de dominio o en el recurso de nulidad del laudo arbitral, previa caución.

¹⁵⁸ DE SANTO Víctor, Nulidades Procesales...pp. 43, 44.

¹⁵⁹ LANCASTER-JONES Carlos María, *Manual de Excepciones Civiles*...p. 122

¹⁶⁰ DE SANTO Víctor, Nulidades Procesales...pp. 45-64.

La falta de determinación de la causa petendi.

La causa petendi o causa de pedir, es el elemento de la acción y debe exponerse circunstanciadamente todos los hechos preexistentes, concomitantes y supervenientes para formular la pretensión procesal. La teoría de la individualización propiciada por la doctrina alemana que nos trae Hugo Alsina¹⁶¹, sostiene que basta con que se indique la relación jurídica que individualiza la acción para la procedencia de la demanda, nuestra legislación exige una exposición clara y amplia de los hechos, desde su causa remota, hasta los hechos conexos con el litigio, como cuando se reclama el pago de una suma de dinero, habrá que indicar los hechos que dieron lugar al origen de la obligación, a menos que la obligación conste ínsita en un instrumento como por ejemplo un título valor o que se derive de una disposición legal en virtud de que la enunciación de los hechos fundamenten la pretensión.

Eduardo Pallares nos trae varias concepciones al respecto:

“La palabra causa tiene diversos significados en derecho procesal. Los principales son los siguientes: 1°. El título o hecho jurídico generador de la acción procesal. En este sentido se usa cuando se dice “la causa de pedir” o *causa petendi*, y también en la frase *causa debendi*; 2°. Otras veces se le identifica con el interés. Por ejemplo, Carnelutti dice: “La causa es algo objetivo que existe fuera del agente y consiste en el interés que mueve a los hombres a realizar determinadas acciones. Como hay dos clases de interés, el próximo y el remoto, se denomina causa únicamente el interés próximo, y el motivo al remoto; 3°. En esta acepción, la causa es un elemento generador de los actos procesales; 4°. En una cuarta acepción, la causa significa el litigio que las partes someten al juez para su decisión”¹⁶²

Estas cuatro acepciones mantienen un equilibrio entre sí, sin embargo, no compartimos la cuarta acepción, porque la causa no es lo mismo que el litigio, éste se produce en virtud de una causa, de la existencia de un interés próximo que deviene de un motivo o interés remoto, de allí la confusión de la acumulación de autos porque a los autos se le confunde con el motivo, con el litigio, con la causa y con el proceso.

Esta fuente de la obligación en tratándose de derechos personales como afirma el autor, no puede jamás confundirse con los autos o con el litigio. Hay una doble razón para el conflicto: la primera es el motivo, la fuente del derecho, el título sobre el cual sustenta la acción ejecutiva o la reivindicación del inmueble, el hecho generador del derecho de pedir, como cuando se cae una pared sobre su propiedad o cuando el colindante construye su casa poniendo en peligro la nuestra; y, la segunda, el descuerdo entre el hecho generador y la pretensión del demandante, la falta de pago del título valor o la negativa del poseedor a restituir la cosa. Estos dos presupuestos o razones conforman la causa petendi y por tanto, la excepción cabe si no se cumple uno de ellos, pues no basta con limitarse a cobrar lo adeudado justificando en un documento, sino que se ha de expresar la negativa a pagar por parte del deudor. Igualmente, no basta con que un tercero esté en posesión del inmueble de nuestra propiedad, sino que además

¹⁶¹ ALSINA Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercia*, Tomo III, pp. 34 - 38

¹⁶² PALLARES Edmundo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Porrúa, 1994, p. 147

se ha de expresar la negativa de éste a restituirlo y el derrumbe de la pared o la construcción de la obra nueva, sino que se ha de poner en conocimiento del juez la negativa de limpiar y reconstruir o a suspender la construcción en su caso.

Excepciones bilaterales

Enrique Falcón los llama así a ciertas excepciones en que el actor se vuelve en la situación de demandado, como en el caso de la reconvencción o que la comparecencia del demandado puede carecer de falta de legitimación, lo cual conlleva la necesidad de que estas excepciones sean alegadas oportunamente.

Obviamente el proceso argentino es distinto del ecuatoriano, porque como dejamos analizado en capítulos anteriores, las excepciones se deducen al contestar la demanda, sin embargo, la denominación del profesor argentino, tiene mucha importancia, porque consideramos que el actor debe tener presente la condición del demandado, su forma de proponer las excepciones y su fundamentación para que no opere la preclusión y puede tornarse firme el conflicto que hasta pueda verse limitado el propio juzgador de pronunciarse sobre las deficiencias de la contestación a la demanda y a la reconvencción.

CAPÍTULO IV

Conclusiones y recomendaciones.

En el estudio de los distintos temas, hemos ido singularizando las diferencias, semejanzas y su naturaleza, sin embargo, como todo trabajo de investigación, se torna necesario puntualizar en capítulo aparte algunas situaciones que más han llamado la atención al respecto, consideramos:

- El acto jurídico tiene naturaleza sustancial, el acto procesal en cambio tiene naturaleza formal.
- Se usa inadecuadamente en el derecho procesal términos propios del derecho sustancial, cuya indebida concepción, genera igualmente criterios equivocados como la nulidad y la anulabilidad, por lo que recomendamos que para el uso de los distintos términos y nomenclatura procesal no utilicemos nomenclatura jurídica que es característico de los actos jurídicos.
- Los medios de defensa y las excepciones son distintos y complementarios; los primeros pueden alegarse en cualquier momento, mientras que las excepciones solo hasta antes de la concesión del término de prueba y por lo general en el acto de contestación a la demanda.
- La falta de personería no es lo mismo que la ilegitimidad de personería y mucho menos que el legítimo contradictor, por lo que recomendamos su adecuada utilización al momento de formular las excepciones, en vista de que no en muy pocas ocasiones la Corte Suprema y los órganos de instancia han rechazado importantes alegaciones que de haber sido adecuadamente formuladas hubiesen sido exitosas.
- El litis consorcio no siempre es obligatorio ni original y solo produce un impedimento al juzgador cuando tiene esta naturaleza, porque el litis consorcio facultativo es discrecional del actor.

➤ Recomendamos terminar con la alegación de falta de jurisdicción en un proceso jurisdiccional, sino en los casos en que verdaderamente y de forma muy ocasional puede producirse de la pertinente excepción puesto que esta se produce por la falta de la calidad de juez, mientras que la falta de competencia se produce por la falta de aptitud de ese juez para conocer un caso concreto.

➤ El actor debe determinar qué es lo que quiere en primer lugar y cuál su consecuencia, porque no se puede aplicar la alternabilidad cuando una de las pretensiones es subsidiaria de la otra.

➤ No se debe confundir la violación del procedimiento con la violación de trámite, porque el primero implica el ritual que ha de observarse en el trámite o vía establecido para el ejercicio de la jurisdicción.

➤ El convenio arbitral que refiere el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación ha confundido a la doctrina ecuatoriana y por esa misma similitud a la doctrina extranjera que han considerado a la cláusula compromisoria como convenio, pues si bien su naturaleza es autónoma no por ello su nomen juris es igual en el uno y el otro caso.

➤ El defecto legal y la oscuridad de la demanda constituyen el género y la especie, respectivamente y pese a la expresa limitación de nuestra legislación procesal, debe aceptarse por la supremacía de la norma constitucional que garantiza el derecho de defensa.

➤ Recomendamos que los órganos jurisdiccionales tomen en cuenta la litis pendencia impropia o por conexión y no limitarse simplemente a la clásica identidad.

➤ Sugerimos una innovación respecto de las concepciones del derecho, la ley, la norma y la justicia porque su inadecuada comprensión imposibilitan la defensa apropiada.

➤ La necesidad de un proceso ágil y realista, torna imprescindible y urgente cambiar el sistema escrito por el sistema oral o a un proceso por audiencias donde se permita la aplicación de los principios de celeridad e inmediación, teniendo presente que los jueces de alzada, no pueden revisar un proceso oral sin haber mediado una nueva audiencia de juzgamiento, porque contradicen su naturaleza y se aplican principios del sistema de oficialidad o inquisitorial.

➤ El principio de contradicción conlleva la alegación en los debates, permitiendo la replica y la duplica, a diferencia de las simples alegaciones en estrados, cuyo procedimiento se limita a una sola intervención de las partes. Las Salas de lo Laboral y de la Niñez y Adolescencia deben tener presente esta recomendación y comprender que los recursos de alzada en esas materias son distintos en su naturaleza objeto y procedimiento de los tradicionales procesos escritos y el proceder que se utiliza por algunas Salas atenta al principio de defensa.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALSINA Hugo: *Tratado Teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Bs. Aires, Ediar Soc. Anon Editores, Tomo I, Parte General, 1963.
2. ALTERINI Atilio Aníbal, *contratos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª. Reimpresión, 1999.
3. ACERO GALLEGO Luis Guillermo, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, Bogotá, Departamento de publicaciones, Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2004.
4. BARBERO Domenico, *Sistema del Derecho Privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, T. I, 1967.
5. CRUZ BAHAMONDE Armando: *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, Guayaquil, Edino, 2da. Edición, volumen I y II, 2001.
6. CARNELUTTI Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, México, Colección Juristas Latinoamericanos, 1994
7. CANOSA TORRADO Fernando, *Las excepciones previas y los impedimentos procesales*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1994.
8. COBO PLANA Juan José, *Las Excepciones Dilatorias y Perentorias en el Proceso Civil*, Madrid, Editorial Dykinson, 1999.
9. CHIOVENDA Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, México, Colección Juristas Latinoamericanos, 1995
10. DE LA VEGA Benayás Carlos, “*Derecho Judicial Español*”, Madrid, Editorial Edijus.
11. DE LA RÚA Fernando, “*Teoría General del Proceso*”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1991.
12. DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Segunda edición, Primera reimpresión, Introducción, 2002
13. DE LA OLIVA SANTOS Andrés, *Derecho procesal*, Madrid, Editorial Centro e Estudios Ramón Areces, S.A., Segunda edición, Primera reimpresión, El Proceso de declaración, 2002.
14. DE VICIENTE Y CARAVANTES José, *Tratado de los procedimientos Judiciales en Materia Civil*, México, D. F., Ángel Editor, 1ª edición, 1ª reimpresión, 2000.
15. DAVIS ECHANDÍA Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial ABC, novena edición, T. I, 1993.
16. DE SANTO Víctor, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2da edición actualizada, 2001.
17. ENRIGUE LANCASTER-JHONES Carlos Ma., *Manual de Excepciones Civiles*, México, Editorial Porrúa 2006
18. FENECH Miguel: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, AGESA, 1980
19. FLORIAN Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1990
20. FALCÓN Enrique, *Manual de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, , 2005, T I y T. II.
21. GUASP Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., Cuarta Edición, Primer Tomo, 1998.
22. GOMEZ LARA Cipriano, *Teoría General del Proceso*, México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 2004

23. GONZALEZ SOLAR José H, *Derecho de la Minoridad*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2005.
24. GIMENO SENDRA Vicente y otros, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Editorial COLEX, 1996.
25. Gaceta Judicial No. 1, Serie XVII.
26. Gaceta Judicial, No. 12, Serie XVII.
27. KAUFMANN Armin, *Teoría de las Normas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977.
28. MICHELI Gian Antonio, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.
29. MONROY CABRA Gerardo, *Introducción al derecho*, Bogotá, Editorial TEMIS S. A., 2003.
30. MAIER B. J., Julio, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª edición, 3ª reimpresión, 2004.
31. MORAS MOM Jorge, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Quinta Edición 1999
32. MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional I*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª. Edición, Parte General, 2002.
33. MONTERO AROCA Juan, *Derecho Jurisdiccional II*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 11ª. Edición, Proceso Civil, 2002
34. PEÑAHERRERA Víctor Manuel, *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*, Quito, Editorial Universitaria, 1960, T. III.
35. PEREIRA MARQUEZ Silvina, *Tratado jurisprudencial de las excepciones procesales*, Santa Fe, Argentina, Editorial Librería Juris, 2005.
36. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. IV, 1977..
37. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tercera Reimpresión, T. III, 1983.
38. PALLARES Edmundo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Porrúa, 1994.
39. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique, *Teoría del Proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
40. Recurso de nulidad, Segunda Sala Corte Superior de Quito- Resolución de mayoría, Radamis Vs. Radamis, 18 de noviembre de 1997.- Las 9h00
41. SOLÓRZANO GARAVITO Carlos Roberto, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*, Bogotá D.C, Ediciones Nueva Jurídica, 2005
42. TROYA CEVALLOS Alfonso: *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Quito, Pudeleco Editores S. A. Tomo I, 2002.
43. TULLIO LIEBMAN Enrico: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Bs. Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1980
44. TOCORA Fernando, *“Principios Penales Sustantivos”*, Bogotá Colombia, Editorial Temis, 2002.
45. VÉLEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba S.R.L., 3ra edición, 2da reimpresión, 1986.
46. VÉSCOVI Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Editorial Temis S.A., segunda edición, 1999.
47. YACOBucci Guillermo J.: *El sentido de los principios penales*, ciudad de Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 2002

48. ZABALA BAQUERIZO Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Guayaquil, Editorial EDINO, Tomo IX, 2007.
49. ZABALA BAQUERIZO Jorge, *El Proceso Penal*, EDINO, cuarta edición, T. I. 1989.